



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**ARRANJOS FEDERATIVOS PARA A EXPLORAÇÃO DE BENS
E ATIVIDADES RESERVADOS AO PODER PÚBLICO:
O CASO DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO**

Cássio Lourenço Ribeiro
Matrícula: 09/91783

Brasília – DF
Novembro de 2013

Cássio Lourenço Ribeiro

**ARRANJOS FEDERATIVOS PARA A EXPLORAÇÃO DE BENS
E ATIVIDADES RESERVADOS AO PODER PÚBLICO:
O CASO DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho final de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB), desenvolvido sob orientação do Professor Doutor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Brasília – DF

Novembro de 2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Cássio Lourenço Ribeiro

**ARRANJOS FEDERATIVOS PARA A EXPLORAÇÃO DE BENS E ATIVIDADES
RESERVADOS AO PODER PÚBLICO: O CASO DO SETOR PORTUÁRIO
BRASILEIRO**

Trabalho final de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB), desenvolvido sob orientação do Professor Doutor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Defendido e aprovado com menção máxima no dia 27 de novembro de 2013.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
(Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professor Orientador)

Prof. Dr. Márcio Lório Aranha
(Doutor em Estudos Comparados sobre as Américas pela Universidade de Brasília)

Prof. Msc. Adriano Drummond
Cançado Trindade
(Mestre em Resources Law & Policy pela Universidade de Dundee, Escócia)

Msc. José Di Bella Filho
(Mestre em Engenharia Naval, Portos e Logística pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo)

“On balance, we do not believe there is a simple way to decide, from an economic efficiency standpoint, what jurisdiction is best suited to regulating. In some cases, the specific history of regulation in an industry and the institutions created to do the regulation matter a lot. The most that theory can offer here is a disciplined way of thinking about the issue.”

– Robert HAHN
Federalism and Regulation

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a titularidade material exclusiva (art. 21, XII, 'f') e legislativa privativa (art. 22, X) sobre os portos. Tal *publicatio* está inserida em uma sistemática de distribuição federativa de competências, na qual bens e atividades relativos a importantes setores de infraestrutura são predominantemente reservados à União. A despeito dessa estrutura constitucional, o nosso ordenamento e prática setoriais vem historicamente reconhecendo a possibilidade de que entes subnacionais (Estados e Municípios) se engajem na construção e exploração da infraestrutura portuária, mas sempre na condição de “concessionários” e, mais recentemente, “delegatários”. A principal limitação desse modelo de “*outorga portuária interfederativa*” é a de restringir os entes subnacionais às mesmas atribuições (construção e exploração comercial da infraestrutura) que seriam, com poucas distinções práticas, confiadas à iniciativa privada. Em complemento a esse modelo, a Emenda Constitucional 19/1998 trouxe o novo art. 241 da Carta, que permite, via consórcios públicos voltados à gestão associada de serviços públicos ou convênio de cooperação voltados à transferência dos mesmos serviços, que Estados e Municípios, além da exploração portuária, exerçam também funções administrativas inerentes à titularidade federal sobre o serviço (tais como as funções de planejamento, regulação, fiscalização e mesmo outorga, i.e., exercício do poder concedente). Tal dispositivo, ainda bastante pouco explorado pela teoria e prática regulatórias, permitiria avançar na descentralização do setor portuário, algo que, tendencialmente, traria uma série de benefícios, tais quais uma sua modernização, racionalização, efficientização e atração de investimentos.

Palavras Chave: Setor Portuário; Descentralização Administrativa; Concessão Interfederativa; Gestão Associada; Transferência de Serviços; Consórcios Públicos; Convênios de Cooperação; Convênios de Delegação.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution grants to the Federal Union the right to undertake Port's operations (Art. 21, XII, 'f') and the exclusive right to legislate (Art. 22, X) about Ports. Within the Brazilian Federal System, this institutional arrangement follows the rationale that activities relevant to infrastructure operations are exclusive of the Central Government. Despite such Constitutional model, the reality shows that, historically, States and Municipalities have been involved in the operation of Port activities as a concessionaire (and, more recently, as a delegatee). The main limitation observed in these cases is that the other State works as a private party in the relation with the Federal Government, performing the activity uniquely for commercial reasons. In attention to this reality, the Constitutional Amendment 19/1998 included article 214, which allows States and Municipalities to perform administrative roles in relation to Port's operations (such as planning, regulation, control and issuance of licences on behalf of the Federal Government). Such cooperation can occur via consortium to the associated management of public services or partnership for cooperation towards the transfer of functions between the Central Government and other State parties. The application of such provision, yet to be better scrutinized from a regulatory perspective, would enable the sector administration to be decentralized and likely bring beneficial consequences to it, such as its modernisation, a more efficient management and funds raising.

Key-words: Ports. Administrative Decentralisation. Concession. Associated Management. Transfer of Public Services. Public Consortium. Cooperation Partnerships.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Relação das Autoridades Portuárias	15
Tabela 2 – Ciclo das Concessões Portuárias Interfederativas (1917 a 1933)	44
Tabela 3 – Ciclo de Federalização Portuária (1963 a 1990)	59
Tabela 4 – Distribuição Federativa de Competências na Constituição de 1988	78
Tabela 5 – Relação de Alguns Convênios de Delegação Portuária	84

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
EC	Emenda Constitucional
IP4	Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte
MP	Medida Provisória
SEP	Secretaria Especial de Portos (PR)
TUP	Terminal Portuário de Uso Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	19
1.1 Conciliando “Federação” e “Regulação”	19
1.2 A Descentralização Administrativa	23
1.3 A Figura da Autoridade ou Administração Portuária (concessionária do porto organizado): traços da descentralização administrativa	26
2 O HISTÓRICO SETORIAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988	33
2.1 Os Antecedentes Monárquicos (1500 a 1890) – Estado unitário, titularidade real sobre os portos marítimos (<i>regalia</i>), e a função dos governadores de capitania no empenho de obras e serviços portuários	33
2.2 O Primeiro Período Republicano (1891 a 1933) – Estado federado, incertezas quanto à dominialidade federal ou estadual sobre os portos, e as “concessões portuárias interfederativas”	40
2.3 O Segundo Período Republicano (1934 a 1963) – aprofundamento do modelo das “concessões portuárias interfederativas” e uma visão das suas características e fragilidades	48
2.4 O Período das Encampações e Intervenções Federais (1963 a 1988)	54
3 REGIME ATUAL E CAMINHOS PARA O SEU APRIMORAMENTO	61
3.1 A Ordem Constitucional de 1988: “portos” como uma competência da União, a descentralização da gestão de serviços públicos pela EC 19/1998, e três formas de atuação de entes subnacionais no setor portuário	61
3.1.1 Sobrevida dos Contratos de Concessão Interfederativa de 1917-33	65
3.1.2 Estadualização das concessionárias federais (“Companhias Docas”) via Plano Nacional de Desestatização (PND)	66
3.1.3 Estados e Municípios como Autorizatórias de Terminais Portuários de Uso Privativo (TUP) e de Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte (IP4)	68
3.2 Compreensão Adequada do Sentido e Alcance do art. 241 da CF	71
3.2.1 Duas situações, dois instrumentos: gestão associada por meio de consórcios públicos e transferência de serviços por meio de convênios de cooperação	71
3.2.3 Compreensão Apurada da Reserva de Competências em Favor de um Determinado Ente (leitura integrada dos art. 21 e 241 da Carta)	77
3.3 Os Convênios de Delegação Portuária no Regime da Lei 9.277/1996	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	91

ANEXOS	95
ANEXO 1: Contrato de Concessão do Porto de Paranaguá ao Estado do Paraná, tal como assinado no dia 23 de maio de 1917	95
ANEXO 2: Contrato de Concessão do Porto de São Sebastião ao Estado de São Paulo, tal como assinado no dia 13 de julho de 1934	101
ANEXO 3 – Convênio de Delegação do Porto de São Sebastião ao Estado de São Paulo, tal como assinado no dia 15 de junho de 2007	113

INTRODUÇÃO

O processo de elaboração e aprovação do atual marco regulatório do setor portuário brasileiro (Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013) expôs fragilidades e discussões setoriais das mais diversas ordens.

Dentre elas, afigura-se uma que, ainda bastante pouco trabalhada, certamente é uma das discussões de maior relevo para esse setor, senão também para outros setores mais. Trata-se da forma com que hoje se articulam União, Estados e Municípios para a exploração e administração de portos públicos e instalações portuárias.

A relevância prática dessa discussão não é pequena. Apenas para se ter uma dimensão, basta dizer que, conforme dados da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, dos 32 portos organizados (portos públicos, submetidos a uma entidade denominada “autoridade portuária”) hoje existentes, 15 deles são administrados e explorados por entes subnacionais (isto é, Estados e Municípios).

Tabela 1 – Relação das Autoridades Portuárias

Autoridades Portuárias e seus Respectivos Portos	
Administração Federal	Portos
Companhia Docas do Pará (CDP)	Belém, Santarém e Vila do Conde
Companhia Docas do Ceará (CDC)	Fortaleza
Companhia Docas do Rio Grande do Norte (CODERN)	Natal, Areia Branca e Maceió
Companhia Docas da Bahia (CODEBA)	Salvador, Aratu e Ilhéus
Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA)	Vitória e Barra do Riacho
Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ)	Rio de Janeiro, Itaguaí, Niterói, Angra dos Reis
Companhia Docas de São Paulo	Santos
Administração Estadual	Portos
Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do AM (SNPH)	Manaus
Empresa Maranhense de Administração Portuária (EMAP)	Itaqui
Companhia de Integração Portuária do Ceará (CEARÁPORTOS)	Pecém
Companhia Docas da Paraíba (DOCAS-PB)	Cabedelo
Porto do Recife S.A.	Recife
Suape Complexo Industrial Portuário	Suape
Companhia Docas de São Sebastião (CDS)	São Sebastião
Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA)	Paranaguá e Antonina
Administração do Porto de São Francisco do Sul (APSFS)	São Francisco do Sul
Superintendência de Portos e Hidrovias do RS (SPH)	Pelotas e Porto Alegre
Superintendência do Porto de Rio Grande (SUPRG)	Rio Grande

Administração Municipal	Portos
Companhias Docas de Santana (CDSA)	Macapá
Companhia Municipal de Administração Portuária (COMAP)	Forno
Administradora Hidroviária Docas Catarinense (AHDOC)	Itajaí
Administração Privada	Portos
Companhia Docas de Imbituba	Imbituba
Fonte: SEP, UFSC e LabTrans: Diagnóstico do Setor Portuário Brasileiro (Relatório Executivo), maio de 2011.	

A despeito dessa expressividade, o novo marco regulatório não é suficientemente claro quanto a sorte que terão esses portos. Poucos e pouco esclarecedores são os dispositivos que tratam, por exemplo, da delegação portuária interfederativa.¹ E, dificultando mais ainda a compreensão desse instituto descentralizador, ele coexiste com outros e numerosos dispositivos que reforçam as atribuições da União enquanto poder concedente setorial.

Essa aparente contradição, ou, na melhor das hipóteses, ambivalência do texto normativo suscita algumas dúvidas. Dentre elas, a dúvida de se prerrogativas como as de conceder o porto, arrendar suas respectivas instalações, ou de, genericamente, planejá-lo serão exercidas pelos entes subnacionais a quem se confiou o porto, ou, ao revés, passarão a ser exercidas centralizadamente pela União, através da SEP.

Por tensões assim é que divergiram, em audiência pública realizada no dia 26/03/2013, no Congresso Nacional, o Governador de Pernambuco, Eduardo Campos, e a Ministra da Casa Civil, Gleysi Hoffman.

Receoso de perder receitas com a centralização das licitações de portos e terminais arrendáveis, o Governador pediu “que se honre o *pacto federativo*”, e, sem querer transferir o planejamento do Porto de Suape, um dos menos ineficientes, para a Capital, afirmou que “parece ser um capricho tentar tirar a *autonomia* (do Estado)”.²

¹ “Para os fins desta Lei, consideram-se (...) delegação – transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996”. É nesse sentido específico trazido pela legislação setorial, e não pelo que habitualmente traz a doutrina administrativista, que entenderemos “delegação”. Não deve ser confundido, portanto, com as demais modalidades de outorga portuária (concessão, arrendamento e autorização), em que a transferência é feita, pela União ou pelo ente subnacional delegado, nos termos do seu convênio, a um particular.

² EBC, Governador e Ministra divergem sobre autonomia dos estados na MP dos Portos. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/03/governador-e-ministra-divergem-sobre-autonomia-dos-estados-na-mp-dos>.

Em resposta a essas alegações, a Ministra da Casa Civil, Gleysi Hoffman afirmou que

a MP (595/2012, hoje convertida na Lei 12.815/13, a nova “Lei dos Portos”) não retira autonomia de nenhum estado, porque ela não diz respeito à questão federativa, ela diz respeito à modernização, ao planejamento integrado e à eficiência do sistema portuário nacional. Os portos continuarão lá a gerar riqueza, investimentos e empregos. O que queremos é melhorar a eficiência, é modernizar os nossos portos, racionalizar a sua atuação. (...) Fazer o planejamento, a integração e distribuição dos terminais portuários deve ser uma tarefa da União. Harmonizar as demandas e ofertas, buscar a eficiência e induzir a racionalidade do sistema para ter o melhor caminho da carga só pode ser feito a partir de uma visão nacional.³

Por esse entendimento, os portos permanecem como uma atribuição exclusivamente federal, beneficiando-se os Estados e Municípios pelos impactos indiretos da atividade portuária (“*riqueza, investimentos e empregos*”). A União, que ao fim e ao cabo, é o ente titular da competência administrativa exclusiva e legislativa privativa sobre o setor (cf. art. 21, XII, ‘f’ e art. 22, XX, ambos da Constituição Federal de 1988) é quem deve exercer, isoladamente, atribuições como a de “*modernização*”, “*planejamento*”, “*integração*”, “*eficientização*”, “*racionalização*” do setor.

Seria necessário, portanto, uma “*visão nacional*” orientando e direcionando a forma e o conteúdo dessas atribuições. O caso não poderia ser, por isso, de “questão federativa”. Mas, pela mesma razão (titularidade constitucional sobre o setor portuário atribuída à União), não se poderia também falar, *in casu*, em “*pacto federativo*” ou “*autonomia estadual*”.

Em todo caso, e entre o que, relativo ao setor portuário, efetivamente se atribui à União e o que se confia aos Estados, há um vasto campo de análise que tem contornos jurídicos mais nítidos que os político-partidários.

Nesse contexto, é correta a afirmação de que o novo marco regulatório do setor portuário (Lei 12.815/2013) “*não diz respeito à questão federativa*”. Mas não seria verdadeira a afirmação de que determinados arranjos federativos, descentralizadores, não podem ser igualmente adotados como estratégias (complementares às trazidas

³ Idem.

pelo novo marco) para se promover a “*modernização*”, “*racionalização*”, “*integração*” e “*eficientização*” do setor.

O que não se explica – e aqui um primeiro contributo esperado do trabalho – é a forma com que (e a que título) os Estados e Municípios adquiriram preponderância em quase metade dos portos organizados.

E, mais ainda, se é verdade que a gestão descentralizada de bens e serviços pode também contribuir para a sua efficientização, resta saber que outros arranjos setoriais envolvendo Estados e Municípios poderiam ser também explorados, e, devido ao seu desconhecimento, não o estão sendo. Esse o segundo contributo que se busca alcançar com o presente estudo.

O trabalho, portanto, se presta a compreender o fenômeno do domínio regional sobre os portos, retracejando parte de seu histórico, bem como a identificar potenciais de aprofundamento da cooperação federativa na exploração de bens e atividades constitucionalmente reservados ao poder público. Tudo isso tendo-se sempre presente a noção de que está em curso um esforço de aprimoramento das formas e instrumentos setoriais.

É isso que, a seguir, se busca fazer.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Conciliando “Federação” e “Regulação”

As *formas de organização político-administrativa* (de onde decorre nossa estrutura federativa) e o *direito regulatório* (de onde decorre nossa disciplina portuária) partilham, como elo comum, a submissão à tradição de direito público. Não é, porém, apenas isso: também a sistemática da nossa Constituição Federal sugere uma proximidade entre esses dois tópicos.

Ao longo dos seus artigos 20 a 30, o texto constitucional realizou uma divisão de competências administrativas e legislativas entre os diversos entes federados. Uma dessas competências, a prevista no art. 21, XII, ‘f’, é a competência administrativa sobre o setor portuário, no caso reservado à União. Além disso, integrando o mesmo Título (Da Organização do Estado), e como que “*supra-disciplinando*” os art. 20 a 30, os art. 18 e 19 tratam justamente do traçado-geral da nossa organização político-administrativa:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A despeito, contudo, dessa proximidade disciplinar e jurídico-constitucional, ainda são escassos os estudos que buscam esclarecer as relações existentes e que podem existir entre, de um lado, nossa *estrutura federativa* e, de outro, nossas *estruturas regulatórias*. Ou, de outra forma, são escassos os estudos que buscam conciliar “Federação” e “Regulação”.

Mais do que estudos, são também escassos os arranjos e interações que se promovem entre esses dois campos. Como será visto ao longo do texto (sobretudo no Capítulo 3 e nas Considerações Finais), há um enorme potencial por se explorar (e que talvez não tenha ainda sido plenamente identificado e compreendido), de realização de preceitos setoriais-regulatórios por uso dos formatos federativos, e vice versa.

Quer dizer: o modelo federativo pode ser tanto um meio de abordagem como também de aprimoramento da regulação. Da mesma maneira, a intervenção do poder

público na atividade econômica⁴, pode ser utilizada como elemento de compreensão do nosso modelo e dinâmica federativos.

É este último o enfoque que Victor Nunes Leal adota em trecho de um de seus mais memoráveis estudos:

No período do Estado Novo, o aparelhamento de intervenção do poder público na atividade econômica seguia mais ou menos a estrutura administrativa: enquanto o poder federal controlava os órgãos de ação federal, aos Estados se confiava o controle dos estaduais e, finalmente, a autoridade municipal (o prefeito, individualmente ou assistido de uma comissão) se desincumbia da tarefa no plano local. Numa fase como essa, de poder nitidamente hierarquizado, a solução era perfeitamente normal, pois o sistema adotado para executar a intervenção econômica fortalecia os poderes dos interventores, delegados do governo federal, ao mesmo tempo que reforçava os poderes dos prefeitos, agentes do governo estadual. A intervenção na economia funcionava, assim, como poderosa fonte de poder, que ajudava a consolidar a máquina política na tríplice esfera – federal, estadual e municipal. (LEAL, 1997, p. 119 e 120)

O presente estudo, por sua vez, adota a postura inversa. Ele toma o *fenômeno regulatório* como elemento de primeiro plano, e explora as formas de inserção da *organização federativa* do Estado no seu léxico.

Tradicionalmente, a teoria administrativista concentra seus esforços em situar as funções administrativas no contexto geral da separação dos poderes estatais, mas muito pouco discute a dinâmica que se pode estabelecer entre essas mesmas funções e a posição relativa dos entes federados. Há, portanto, um campo potencial a ser explorado.⁵

A figura da *descentralização administrativa* é, entre nós, abordada como o mecanismo que opera simultaneamente com as variáveis *função* e *organização político-administrativas*. Mas outras jurisdições há, como a estadounidense, que articulam essas variáveis de maneira distinta.

⁴ Grosso modo, a regulação pode ser compreendida como uma modalidade de intervenção do poder público na atividade econômica. De modo mais aprimorado, pode ser conceituada como uma “*tecnologia social de sanção aflitiva ou primial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora*” (ARANHA, 2013, p. 23).

⁵ Um exemplo prático de aplicação desse campo é trazido pelos professores Itiberê Rodrigues e Gustavo Kaercher Loureiro, em estudo intitulado “Prestação de Serviços Públicos de Energia Elétrica mediante associações interestaduais aplicada às concessões de energia elétrica” (RODRIGUES e LOUREIRO, 2013)

No caso estadunidense, por exemplo, as figuras adotadas são a do *federalismo cooperativo* (cooperative federalism) e da *preempção administrativa* (administrative preemption). Por *federalismo cooperativo* entende-se o modelo pelo qual o ente federal estabelece parâmetros regulatórios mínimos, enquanto reconhece-se aos entes subnacionais a prerrogativa de implementar e reforçar essa política central, frequentemente com a obtenção de financiamento federal. A *preempção administrativa*, por sua vez, se refere à discricionariedade atribuída a algumas “*agencies*” para reconhecer a aplicação da legislação federal ou estadual (FOOTE, 1984, p. 1430). As duas figuras, portanto, são complementares.

Dado esse formato, algumas “*agencies*” acabam atuando como instâncias de acomodação de interesses federais e estaduais:

Congress necessarily delegated some preemptive authority to the implementing agencies to facilitate the accommodation of state and federal interests in health and safety. It is more efficient for the agency to resolve some federalism issues, and the balancing of state and federal interests can occur only after the agency has promulgated its own regulations. Agencies are ideally suited for the review and evaluation of the laws of many states in a single rulemaking – witness the FDA’s preemption decisions regarding hearing aid regulations. (...) The agency’s review and approval also protects the states in many cases from having to challenge federal preemption. (FOOTE, 1984, p. 1461)

Também digno de nota é o fato de que esse formato do *federalismo cooperativo* teve início na década de 70, quando muitos Estados americanos, em regime de franca competição, acabaram precarizando seus padrões de proteção ambiental.⁶ Em resposta, o Congresso passou a estabelecer *standards* mínimos, sem que se modificasse a primazia estadual para o assunto.

Um dos tópicos que foi submetido à dinâmica do federalismo cooperativo é a atividade de mineração, ou, mais especificamente, os parâmetros de proteção e

⁶ “The pattern is a familiar one in environmental legislation; SMCRA is one of many “cooperative federalism” statutes that were enacted in the last decade, beginning with the Clean Air Act Amendments in 1970. Most of these laws can be justified partly on the grounds that interstate economic competition made it difficult, if not impossible, for state to regulate adequately important environmental problems. As a remedy, Congress established minimum uniform standards and procedures and offered the states an opportunity to enforce them.” (DERNBACH, 1985-1986, p. 904)

recuperação do solo. Trata-se do “*Federal Surface Mining Control and Reclamation Act*” de 1977:

The Federal Surface Mining Control and Reclamation Act of 1977 (SMCRA) was adopted because the states had inadequately regulated the environmental effects of coal mining. In response, the Act established minimum procedural and substantive requirements for coal mining operations and created the Office of Surface Mining (OSM) within the Department of the Interior to promulgate regulations and oversee the new regulatory program. Significantly, SMCRA allows states to continue to regulate the environmental effects of coal mining if they can administer a regulatory program according to federal standards. Continued state regulation may be a paradox, but it is also reality. Virtually every major coal mining state in the country now has primary jurisdiction, or primacy to administer and enforce its own coal mining program under SMCRA. (DERNBACH, 1985-1986, p. 904)

Em que pese a referência apenas à “superfície”, essa regulação acabou abarcando, também, o subsolo (DERNBACH, 1985-1986, p. 912) – fato que denota a amplitude que o modelo passou a adquirir. De fato, não demorou a que questões regulatórias passassem, inclusive, a ser analisadas sob essa perspectiva federativa. É o caso de estudos relacionados a ferrovias (HOVENKAMP, 1987-1988); gás natural (MARTIN, 1989-1990); energia (VINCE e MOOT, 1990); concessionárias diversas (public utility companies) (MOELLER, 1996); dejetos nucleares (HAGGERTY, 2002); águas (HILL, 2004); telecomunicações, nos tópicos relacionados à tecnologia wireless (EAGLE, 2004-2005), e à convergência (LYONS, 2009-2010); Edificações verdes (SHAPIRO, 2009-2010); exploração offshore de petróleo e gás natural (HUNTER, 2011); e, naturalmente, portos (NEWMAN e WALDER, 1998).

Entre nós, o modelo é distinto: partimos da premissa da titularidade federal sobre portos. Mas há espaço suficiente na Constituição Federal para que se adote um formato próximo ao do *federalismo cooperativo*. Isso seria dado pela previsão do art. 22, parágrafo único, que permite facultar-se aos Estados a competência legislativa suplementar para questões portuárias:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

O espaço de atuação estadual poderia, ainda, ser ampliado pela assunção de outras prerrogativas não-legislativas sobre o setor portuário. Essa assunção, contudo, apenas é possível pelo uso de uma figura aqui já anunciada (e a seguir aprofundada): a descentralização administrativa.

Iniciemos, portanto, a abordagem dessa figura.

1.2 A Descentralização Administrativa

É o Decreto-Lei 200/1967 quem estabelece, em seu art. 10, os três *tipos* principais de descentralização administrativa que hoje conhecemos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Como será visto ao longo dos próximos capítulos, o setor portuário foi pródigo em adotar alguns modelos específicos de descentralização da esfera federal para os entes federados. A tônica, contudo, sempre foi (e continua sendo) a de sujeitar-se o ente federado delegatário a uma lógica própria de outorga. Isto é, no esquema-geral do Decreto-Lei 200/1967, a tradição do setor portuário é a de promover arranjos federativos que muito mais se aproximam da alínea 'c', que propriamente da 'b', ambas do art. 10.

Nada disso aponta para uma patente irregularidade – o ordenamento jurídico e a teoria administrativista não tem qualquer sorte de problema em aceitar e lidar com essa prática. Mas isso não deixa de apontar para um potencial ainda subexplorado pelo setor (mais um, além do potencial desvelado pelo art. 22, parágrafo único da Constituição).

Esse potencial está associado ao tipo previsto na alínea 'b', transcrita, e encontra hoje o seu paradigma e melhor fundamento na redação do atual art. 241 da

Constituição Federal de 1988.⁷ Trata-se de um dispositivo central para o presente estudo, e que já vem sendo amplamente utilizado para descentralizar algumas funções regulatórias para entes federados, como bem noticia o professor Márcio Iorio Aranha:

“Existem, no Brasil, agências federais, estaduais ou municipais, de acordo com a competência político-administrativa do poder concedente. Visualizando-as a partir da especialização funcional, as agências federais apresentam-se, hoje, como setoriais, remetendo-se aos setores de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, vigilância sanitária, saúde suplementar, recursos hídricos, transportes terrestres, transportes aquaviários, dentre outros. No campo estadual e municipal, inaugurou-se uma maior presença de agências de regulação geral, como a Agência Municipal de Desenvolvimento (ADM – Niterói), embora convivendo com agências setoriais, como a Agência Municipal de Serviços de Saneamento de Cuiabá (AMSS) e a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE – São Paulo), ou mesmo multissetoriais, tais como Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP), Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos (ARCON), Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP) e Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA). (ARANHA, 2013, p. 119 e 120)

Ainda no entendimento desse jurista, esse modelo de descentralização, que parece estar em constante difusão na práxis regulatória, promove a formação de “núcleos de competência setorial”, isto é, promove a efficientização da prática administrativa associada a esses setores:

O modelo estadual tende a formar núcleos de competência setorial específicas em razão de sua potencial relação de fomento com a União já que, no modelo brasileiro, a atividade reguladora vinculada à gestão dos serviços públicos pode ser transferida da União para os Estados-membros da Federação por intermédio de convênio, em face **[121]** do disposto no art. 241 da Constituição Federal brasileira de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que autoriza a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços pretendidos, como ocorre com

⁷ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

o setor de energia elétrica, em que a lei regente permite a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.” (ARANHA, 2013, p. 120 e 121)

Além da eficiência administrativa (um vetor a ser especialmente buscado na atividade de regulação setorial), outras diversas vantagens podem estar diretamente associadas à descentralização administrativa.

Assim, por exemplo, a transferência de algumas funções e prerrogativas para instâncias mais locais de governo pode ser um meio de promover maior *participação política* no processo de definição e exercício das políticas (OKOJIE, 2009, p. 6). Tendencialmente, a descentralização também promove incremento na *governança*, assim entendida como maior pluralismo, responsabilização dos dirigentes, transparência e desenvolvimento (MULLINS, 2003). E, sempre que se tratar mais especificamente da descentralização de serviços (atividades prestacionais), é a descentralização um elemento promotor de eficácia e coordenação das prestações a eles diretamente associadas (algo que alguns órgãos internacionais vêm denominando *service delivery*) (OKOJIE, 2009, p. 7).

Além dessas vantagens – que, por si só, já justificariam ou incentivariam a descentralização –, é havido ainda o registro de uma outra e relevante vantagem que se pode alcançar pela via da descentralização administrativa. Trata-se da promoção do investimento privado em infraestrutura, notadamente na infraestrutura portuária, algo que já foi o objeto de específica reforma na Indonésia, realizada na última década (ASIAN DEVELOPMENT BANK, 2003).

No caso brasileiro, e independentemente de qual seja objetivo buscado, trechos da legislação setorial-portuária (notadamente a Lei 10.233/2001) acolhem e estimulam a descentralização administrativa.

Veja-se o que trazem os seguintes dispositivos da Lei 10.233/2001:

Art. 5º Fica criado o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens, em conformidade com (III) a promoção da competitividade, para redução

de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados;

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre (I) descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

Art. 27, § 1º No exercício de suas atribuições a ANTAQ poderá (I) firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;

Pois bem. A descentralização, inclusive portuária, é uma estratégia que pode trazer ganhos em diversos campos: *político*, pelo incremento da participação; *econômico*, pelo estímulo ao investimento privado; *setorial*, pelo incremento dos padrões de *service delivery*. Além disso, a legislação setorial parece estimular a busca de arranjos descentralizados para a gestão da infraestrutura de transportes aquaviários, “*sempre que possível*”.

Mas, a despeito de todos esses fatores, a Constituição Federal reservou a competência material sobre o setor portuário (e também de outros tantos setores de infraestrutura, com isoladas exceções) à União.

Significa, com isso, dizer que, não importando os motivos que possam sinalizar para um arranjo o menos centralizado possível, a decisão final de descentralizar ou não o setor portuário continua sendo uma *decisão discricionária* da União, seu único e exclusivo titular. Tudo o mais quanto se aventar como razão para descentralizar pode integrar o mérito dessa eventual decisão administrativa, mas não afeta o seu caráter discricionário.

1.3 A Figura da Autoridade ou Administração Portuária (concessionária do porto organizado): traços da descentralização administrativa

Centrada ou não na União a titularidade e o exercício da titularidade sobre os portos, o marco regulatório atual (Lei 12.815/2013) traz uma figura que representa, na sua essência, um esforço de descentralização setorial. Trata-se da figura da autoridade (ou administração) portuária.

Como será ainda visto, a nossa prática setorial reconhece como autoridade portuária tanto concessionárias de um determinado porto (geralmente sociedades de economia mista conhecidas como Companhias Docas), como também reconhece como autoridade portuária departamentos ou autarquias que estejam diretamente encarregadas do exercício cumulado de funções públicas e privadas também em um determinado porto.

O que entre nós caracteriza uma autoridade portuária, dessa maneira, é menos uma sua forma jurídica (administração pública direta ou indireta, concessionário clássico, ou outro), mas um tanto mais a sua posição relativa ao porto, ou seja, as funções que a ela são confiadas para desempenhar.

Essas funções estão disciplinadas nos art. 17 a 19 da referida Lei:

Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

- I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;
- II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;
- III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente;
- IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;
- V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias;
- VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;
- VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto;
- VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;
- IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto;
- X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário;
- XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos;
- XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto;
- XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade

portuária e ao órgão de gestão de mão de obra;

XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e

XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente.

§ 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

Art. 18. Dentro dos limites da área do porto organizado, compete à administração do porto:

I - sob coordenação da autoridade marítima:

a) estabelecer, manter e operar o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto;

b) delimitar as áreas de fundeadoiro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima;

c) delimitar as áreas destinadas a navios de guerra e submarinos, plataformas e demais embarcações especiais, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas;

d) estabelecer e divulgar o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade; e

e) estabelecer e divulgar o porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que trafegarão, em função das limitações e características físicas do cais do porto;

II - sob coordenação da autoridade aduaneira:

a) delimitar a área de alfandegamento; e

b) organizar e sinalizar os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas.

Art. 19. A administração do porto poderá, a critério do poder concedente, explorar direta ou indiretamente áreas não afetadas às operações portuárias, observado o disposto no respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

Suas funções e prerrogativas, portanto, são de natureza híbrida.

Por um lado, a autoridade portuária exerce funções executivas atribuíveis a qualquer particular concessionário, como, por exemplo, são as suas funções de executar obras, remover embarcações, operar balizamento do canal de acesso e bacia de evolução. Quanto a esse aspecto, a autoridade portuária atua como um clássico concessionário de infraestrutura.

Por outro lado, contudo, a autoridade portuária exerce também prerrogativas de uma índole pública mais acentuada, como, por exemplo, fazer cumprir as leis, pré-

qualificar os operadores portuários, fiscalizar obras e operações na área do porto, suspender operações portuárias, autorizar entrada e saída de embarcações e a movimentação de carga nos terminais.

Essas últimas atribuições parecem decorrer diretamente de uma característica empírica dos portos, qual seja, a de demandar a existência de uma instância que esteja encarregada da coordenação daquela pluralidade indissociável de bens e atividades que, confinadas em uma mesma área (a área do porto organizado), configuram a utilidade da infraestrutura portuária:

A first important characteristic of a port as an economic organization is that it can not be considered as an entity producing a single service. A diversity of activities take place within the boundaries of a port area. Thus, it is quite important to take into account the diverse characteristics of each particular service that may lead to different regulatory schemes, as some present natural monopoly properties while others could be better produced under competition. By the same token, and given that all services have to be produced within a limited area, it is important to analyze the ways and means of inducing coordination and to identify the role of port authorities as institutions in charge of the regulation of all facilities and activities that take place within the port. (TOVAR, TRUJILLO e JARA-DÍAZ, 2004, p. 190)

É dizer: a infraestrutura portuária, por decorrência de características que lhes são empíricas (necessidade de coordenação local dos bens e atividades que integram um porto) fez com que, historicamente, se criassem essas administrações ou autoridades portuárias como espécies de agências quase-autônomas dotadas da liberdade e do poder indispensáveis para promover uma gestão portuária eficaz (JEWELL, 1960, p. 83).

Em outras palavras, ainda, os portos parecem ser uma categoria de competência pública de gestão *essencialmente descentralizada*.

Por essa razão, mundo afora e na maioria das vezes, as autoridades portuárias são entidades públicas locais ou estaduais (embora haja exemplos de autoridades privadas). Em pouquíssimos países, a gestão e planejamento das operações portuárias são centralizadas, como em Cingapura; enquanto ainda em outros as autoridades portuárias são extremamente autônomas (desvinculadas mesmo das autoridades locais, municipais ou estaduais), como nos Estados Unidos. Há ainda

situações intermediárias, envolvendo simultaneamente instâncias regionais e nacionais, como na Austrália (TOVAR, TRUJILLO e JARA-DÍAZ, 2004, p. 190).

O modelo brasileiro admite a existência de autoridades portuárias regionais. Acompanhando as informações trazidas pela Tabela 1 (supra), das 22 autoridades portuárias hoje existentes, 7 delas são federais, 11 são estaduais, 3 são municipais e ainda 1 é privada (Imbituba). Mas, no nosso modelo, isso muito pouco significa sua efetiva descentralização do setor portuário a entes subnacionais, dado que muitas dessas autoridades são hoje diretamente subordinadas à Secretaria de Portos da Presidência da República, que, aliás, é quem aprova os seus respectivos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ, cf. art. 17, § 2º da Lei).

Sob uma determinada ótica, parece conflitiva a ideia de existência de uma autoridade portuária estadual ou municipal cuja atuação acaba sempre condicionada aos ditames do governo federal. Ou, ao menos, um arranjo dessa natureza parece mitigar parcela daquele potencial que uma sua atuação um tanto quanto mais descentralizada poderia desvelar.

Mais à frente (Capítulo 3) analisaremos mais detidamente a figura da delegação portuária interfederativa (Lei 9.277/1996 e Decreto 2.184/1997), que é de onde se extrai a exigência e o regime jurídico desses entes estaduais ou municipais investidos das atribuições de autoridade portuária.

De momento, interessa-nos mais sintetizar a constatação de que as autoridades portuárias são figuras que oscilam entre funções públicas e privadas, e também entre vinculação a entes públicos centrais ou regionais (ou mesmo a nenhum, quando maior autonomia recebem).

Não há uma conformação estanque que lhes deva ser imposta, mas antes um verdadeiro leque de arranjos e dinâmicas; mas, em todo caso, o que se afigura como mais importante é notar que, por mais privadas que sejam as suas atribuições, ou mais centralizada que seja a sua gestão, as autoridades portuárias são uma figura de inquestionável apelo e referência à descentralização setorial. A sua ampla consolidação setorial parece indicar que os portos são uma categoria de competência pública onde a “visão local” precisa ser tão bem endereçada quanto a “visão nacional”;

e, por isso, contém um grande potencial e referência à descentralização administrativa.

Nessa primeira parte, em resumo, defendemos a conciliação de enfoques voltados à nossa *estrutura federativa* daqueles voltados às nossas *estruturas regulatórias*, apontando algumas de suas relações e complementaridades. O modelo estadunidense do federalismo cooperativo foi apontado como um modelo tradicional de abordagem prática desses dois campos (Federação e Regulação), tendo sido constatada uma sua parcial compatibilidade com o nosso sistema constitucional (art. 22, parágrafo único).

A descentralização administrativa foi apontada como o instrumento que, na experiência brasileira, classicamente opera a coordenação entre competências públicas reservadas à União e ente subnacionais (Estados e Municípios), podendo se dar (a descentralização administrativa) pelos mais distintos fundamentos e objetivos, dentre os quais o *service delivery*, ou efficientização das prestações administrativas.

Apontamos também que a legislação atual (notadamente a Lei 10.233/2001) determina a descentralização do setor portuário “sempre que possível”. E, ainda, anunciamos as autoridades portuárias (acolhidas pelo atual marco regulatório setorial – Lei 12.815/2013, e presente em todos os portos organizados do país) como uma figura que denota serem os portos uma categoria de competência pública *essencialmente descentralizada*, ou, ao menos, de improvável exercício única e exclusivamente centralizado.

Todos esses elementos iniciam o direcionamento das respostas às perguntas que o presente trabalho se coloca. Mas, para efetivamente compreender o contexto e os contornos da atual presença e atuação de entes subnacionais no setor portuário (bem como para mais a frente identificar outros arranjos potenciais a serem explorados) é preciso avançar para uma re-constituição da evolução histórica-normativa dos portos.

É isso que fará o capítulo seguinte.

2 O HISTÓRICO SETORIAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 Os Antecedentes Monárquicos (1500 a 1890) – Estado unitário, titularidade real sobre os portos marítimos (*regalia*), e a função dos governadores de capitania no empenho de obras e serviços portuários

O projeto mercantilista que, já no século XVI, o reino de Portugal impunha às suas colônias, levado a cabo por um intenso comércio marítimo, bem situa a importância que, desde cedo, os portos tiveram para o Brasil.

De fato, durante os quase quatro séculos do período monárquico brasileiro (1500 a 1891), os portos estavam inseridos dentre as *regalia*. É dizer: integravam o rol de prerrogativas que, por razões de conveniência fiscal – sobretudo, eram reservadas à Coroa portuguesa (LOUREIRO, 2011).

Assim dispunham as Ordenações do Reino:

(He Direito Real) os portos do mar, honde os navios coftumão d'ancorar; e as rendas, e direitos que d'antigamente se acoftumaarom de pagar das mercadorias, que a elles fom trazidas.⁸

Além dessa busca por “rendas” e “direitos” que muito bem justificava a inserção de portos, salinas, minas, florestas, pescados, e outros no rol das *regalia*, havia ainda um outro tipo de interesse, bastante característico das antigas monarquias absolutistas, que também dava sentido a essa reserva de competências. Era esse o interesse de “*garantir um espaço de autonomia do Monarca em face dos poderes territoriais/regionais (senhores feudais)*” (LOUREIRO, 2011, p. 71).

Significa dizer: na sua origem, a afirmação da prerrogativa real (não se diz pública, ainda) sobre os portos já trazia consigo, ou revelava, uma das várias instâncias de disputa havida entre um poder monárquico que se pretendia único, ou central, e dispersos poderes locais. A inserção dos portos no rol das *regalia* foi, também, a sua subtração do âmbito de poderes regionais.

⁸ Redação original constante do Livro II, Título XXIV, Item 6 das Ordenações Afonsinas (1446 a 1514), que viria a ser replicada, sem quaisquer modificações semânticas, no Livro II, Título XV, Item 8 das Ordenações Manuelinas (1514 a 1603) e, ainda, no Livro II, Título XXVI, Item 9 das Ordenações Filipinas (1603 a 1914).

Isso tudo era válido para 1446, ano em que as Ordenações Afonsinas instituíram, pela primeira vez, um rol consistente de *regalia*. O mesmo não se diz, contudo, para os períodos colonial e monárquico brasileiros, durante os quais as preocupações da Coroa eram outras (que não propriamente a exclusão de poderes regionais pela avocação, dentre outros, de portos).

Nesse primeiro período, os portos marítimos construídos no Brasil estavam, grosso modo, associados a três grandes imperativos, a saber: (1.) de ordem fiscal; (2.) relativos à segurança da costa brasileira; e (3.) relativos à fiscalização e controle do comércio marítimo.

Seja como for, mais nos interessa registrar que, ao redor dos portos – e para buscar realizar esses imperativos aos quais estavam associados, foi-se estabelecendo todo um corpo burocrático. Esse corpo era composto por figuras como a do próprio Rei, a do governador da capitania, a do capitão-mor, a do contratador de dízimos, do provedor da Fazenda Real, do secretário de estado da Marinha e Ultramar, dentre outras figuras mais.

O expediente dessas autoridades está documentado em diversas correspondências e manuscritos referentes às capitanias, das quais destacamos, para exemplificar, a de Pernambuco.⁹

Foquemos no papel que desempenhava o governador dessa capitania.

A origem dessa figura está associada ao próprio ato de criação das capitanias, estratégia colonial portuguesa, e com fundamento nas cartas de doação e foral – este último delimitando algumas funções e prerrogativas administrativas que estariam confiadas ao capitão/governador.

Algumas dessas cartas operavam uma verdadeira transferência de *regalia* aos governadores de capitania. Não foi o que ocorreu, porém, com os portos, que foram todos bem mantidos próximos à Coroa. O que se reconhecia era tão-somente um livre

⁹ Disponibilizados pelo “Arquivo Científico Tropical – *Digital Repository*” (<http://actd.iict.pt>). As correspondências e documentos aqui referidos constam do “*Catálogo de Documentos Manuscritos Avulsos Referentes à Capitania de Pernambuco Existentes no Arquivo Histórico Ultramarino de Lisboa*”, disponível em <http://actd.iict.pt/eserv/actd:CUc015/CU-Pernambuco.pdf>

acesso dos moradores aos portos da respectiva capitania, por vezes com um regime fiscal próprio.

Assim dispunha o foral de Pernambuco:

«Dom Joham Etc. (...) [5] Item querendo o dito capitam e moradores e povoadores da dita capitania trazer ou mandar trazer per sy ou por outrem a meus Reynos ou senhoryos qualluer sorte de mercadoryas que na dita terra e partes della ouver tyrando escravos e as outras mays cousas que acyma são defesas podelo ham fazer e serem recolhidos e agasalhados em quaesquer portos cydades villas ou logares dos ditos meus reynos ou senhoryos em que vyerem aportar e não serão constrangidos a descargar suas mercadoryas nem as vender em algum dos ditos portos cidades ou villas contra suas vontades pera outras partes antes quyserem ir fazer seus proveytos e quando as vender nos ditos lugares de meus Reynos ou senhoryos nam pagarão delles direitos alguns somente a syza do que venderem posto que pelos foraes regimentos ou costumes de taes lugares fossem obrigados a pagar outros dereitos ou trebutos e poderão os sobreditos vender suas mercadoryas a quem quyserem e levalas pera fora do reyno se lhes bem vyer sem embargo dos ditos foraes regimentos e costumes que em contrario aja. (Carta de Foral “da sua capitania” dada a Duarte Coelho pelo rei D. João III em Évora a 24 de Setembro de 1534)¹⁰

Para além dessa prerrogativa (compartilhada com qualquer morador da mesma capitania, ressalte-se) de livre acesso aos portos e usufruto de um regime fiscal próprio, os governadores de capitania também exerciam, como já se disse, um papel na estrutura burocrática e administrativa junto aos portos. Eram, contudo e sempre importante frisar, *parte* dessa estrutura burocrática – subordinados ao Monarca e aos seus órgãos e autoridades de representação (Conselho Ultramarino, v.g.) – e, por isso, a sua autoridade não se confundia com aqueles “poderes regionais” que, outrora, a instituição das *regalia* buscava afastar. Isso válido, ressalte-se, para os portos.

¹⁰ ANTT, Chancelaria de D. João III, Livro 7, fls. 182 v.o-183 v.o : Carta de Foral “da sua capitania” dada a Duarte Coelho pelo rei D. João III em Évora a 24 de Setembro de 1534.

O mesmo regime fiscal não se reconheceu à capitania da Bahia:

“Evora, 5 de Abril de 1534. - Reynado do Senhor D. Joam 3º. (...) Como dito he e quero e me praz que o dito Francisco Pereira e todos os seus herdeyros, sobcesores, que a dita terrãa erdarem e sobcederem se possam chamar e chamem Capitães e governadores della o dito francisco Pereira e seus sobcesores e asy os moradores doa dita sua Capitania e todas as pessoas que a ella quyserem hyr-se poderam servyr pelo porto do Rio Sam francisco e descarregar suas mercadoryas noslogares em que asy descarregarem pagarãm os dyreytos que forem ordenados.” (CARRILO, 2003)

Dessa forma é que os imperativos de ordem fiscal, bem como os de segurança da costa brasileira foram desempenhados sem grande participação ou protagonismo dos governadores de capitania.

O mesmo não ocorreu, contudo, com o imperativo de fiscalização e controle do comércio marítimo, pelo que se registra algumas correspondências e ofícios em que o governador da capitania dá notícia do trânsito de embarcações e mercadorias no porto de Recife:

1725, agosto, 10, Pernambuco CARTA do [governador da capitania de Pernambuco], D. Manoel Rolim de Moura, ao rei [D. João V], sobre o envio dos exames de averiguação feitos nos navios que aportaram naquele porto, vindos da Índia, transportando gêneros proibidos e necessitando de mantimentos e amarras.

1755, maio, 28, Recife OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], Luís José Correia de Sá, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Diogo de Mendonça Corte Real, sobre as saídas das frotas daquele porto.

1782, abril, 29, Recife OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], José César de Meneses, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro, sobre o sumário da chegada da escuna inglesa, denominada Indiano, no porto do Recife.

1785, novembro, 3, Recife OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], José César de Meneses, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro, remetendo conhecimento do pau-brasil transportado no pacote Nossa Senhora do Monte do Carmo e São José e a relação da madeira que ficou nos armazéns da dita capitania.

O maior empenho e protagonismo do governador de capitania, contudo, era em relação à construção e manutenção dos portos. Não que o fizessem com recursos próprios da capitania, mas sim que informavam a quem de direito fosse sobre as condições de navegação e segurança nas proximidades dos portos, e, por vezes, eram os responsáveis por demandar a realização de obras e aquisição de equipamentos que reputassem necessários.

É o que se percebe da seguinte sequência de correspondências e ofícios:

1671, setembro, 2, Pernambuco CARTA do [governador da capitania de Pernambuco], Fernão de Sousa Coutinho, ao príncipe regente [D. Pedro], sobre um banco de areia na barra do porto do Recife, e acerca do bando que lançou proibindo os navios de entrarem naquele porto

trazendo o lastro de pedra.

1697, maio, 10, Pernambuco CARTA do governador da capitania de Pernambuco, Caetano de Melo de Castro, ao rei [D. Pedro II], sobre a finalização da obra do molhe e meios de se evitar que os navios do comboio entrem no porto, antes da conclusão da dita obra.

1697, agosto, 23, Lisboa CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei [D. Pedro II] sobre a carta do governador da capitania de Pernambuco, Caetano de Melo de Castro, acerca da representação do capitão-mor e oficiais da Câmara de Porto Calvo, a respeito da necessidade de edificar um forte para guarnição do porto de Tamandaré, tornando possível a entrada de navios da frota para exportação de seus frutos.

1704, julho, 30, Lisboa CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei [D. Pedro II] sobre a carta do governador da capitania de Pernambuco, Francisco de Castro de Moraes, acerca da necessidade de defesa em alguns portos da dita capitania e das dificuldades de se fazer o molhe desde o Forte do Mar até a Barra Grande.

1751, abril, 13, Recife OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], Luís José Correia de Sá, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Diogo de Mendonça Corte Real, sobre os perigos da navegação no porto do Recife devido a falta de amarras e âncoras.

1789, julho, 10, Recife OFÍCIO (1a via) do [governador da capitania de Pernambuco], D. Tomás José de Melo, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro, sobre a necessidade de receber mais cabos e amarras para socorrer os navios que ancoram no porto da dita capitania, em virtude das tormentas dos últimos tempos.

1797, julho, 12, Pernambuco OFÍCIO (4a via) do [governador da capitania de Pernambuco], D. Tomás José de Melo, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Rodrigo de Sousa Coutinho, sobre a ordem recebida para fazer obras nos estaleiros daquela praça para se construírem embarcações que sirvam de correios marítimos entre as capitanias e o Reino e entre os diferentes portos do Brasil.

1794, julho, 4, Pernambuco OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], D. Tomás José de Melo, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro, sobre a falta de materiais náuticos nos Armazéns Reais para o socorro das embarcações que vem ao porto do Recife, informando ter deixado nos ditos armazéns os aprestos do paquete Nossa Senhora da Glória, Remédios e São José para uso urgente.

1819, agosto, 5, Recife OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], Luís do Rego Barreto, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar, conde da Feira], D. Miguel Pereira Forjaz [Coutinho], sobre o transporte de pedras para a obra do porto do Recife solicitando que os navios que se destinem a esta capitania, transportem uma ou mais pedras necessárias à finalização das ditas obras.

Tamanho era o envolvimento dos governadores da capitania na condução de obras portuárias que uma Carta Régia de 28 de abril de 1815, dando regulamento à administração de obras no Porto de Recife, lhes reconheceu e atribuiu uma importância primordial.

Por esse regulamento, dois “*Officiaes do Corpo da Armada Real*” seriam encarregados da direção das obras, sendo, por esse trabalho, remunerados pela Fazenda Real (item 1º). Para custear os materiais e serviços demandados por esses dois oficiais, foi imposta a arrecadação de oitenta réis por tonelada a cada embarcação que ali ancorasse (item 4º). Com isso, constituir-se-ia um fundo, cuja arrecadação seria confiada a um “*Thesoureiro*” (item 5º), e cuja gestão seria confiada a “*Administrador*” (item 2º). Ambos, “*Thesoureiro*” e “*Administrador*”, eram eleitos pelo “*Corpo de Commercio*”, mas estavam “*unicamente subordinados*” ao governador da capitania, a “*quem requererão todas as providencias que julgarem necessarias*” (item 6º).

Em todo caso, esse específico comprometimento “*governador–porto*” aqui narrado apenas poderia ser suposto válido para os principais portos marítimos das principais capitanias (que eram os que mais intensamente demandavam a instauração de um corpo burocrático). Isto é, nem todo porto situado na costa brasileira contava com (essa) atuação do governador de capitania. E isso se deve a dois motivos.

O primeiro desses motivos é que muitos dos portos situados na costa brasileira “*não passava de um conjunto desarticulado e mal-construído de trapiches de madeira*”, sendo que “*cada um destes trapiches tinha o seu dono*” (HONORATO, 2002, p. 176) – significando: nem todos os portos interessavam à Coroa. O segundo motivo é que, por muito tempo, a Coroa não dispensou um tratamento uniforme aos portos que lhe interessavam - as disposições eram sempre dadas a título individual (para o porto de Recife, para o porto do Rio de Janeiro, para o porto da Bahia, e aí por diante).

Essa casuística parece ter vigorado até o início do século XIX, quando o Governo Imperial sinalizou para o início de alguma uniformização do regime portuário.

O primeiro passo parece ter sido a promulgação do Decreto de 13 de julho de 1820¹¹, que trazia para a esfera de competência exclusiva da Repartição da Marinha a concessão de porções de praia (onde se edificavam portos, estaleiros, etc).

A Carta Imperial de 1824 sobre portos nada dizia, embora, de relevante – e na valiosa lição de Teixeira de Freitas, tenha reputado “*bens nacionaes*” (art. 15, XV) o que até então era denominado “*regalia*” (FREITAS, 1983, p. 125).

Na sua vigência, algumas novas providências foram tomadas no sentido da uniformização do regime jurídico de portos, como, por exemplo, a edição dos Decretos nº 268/1843, que trazia um regulamento unificado para inspeção de saúde nos portos (prática de poder de polícia); 358/1845, autorizando o governo a estabelecer capitânicas de portos; e 363/1845, autorizando o governo a criar, nos portos, estabelecimentos de praticagem e pilotagem.

Foi, no entanto, apenas no ano de 1869 que os portos encontraram um dos seus primeiros marcos fundamentais: o Decreto 1.746/1869, que dispunha sobre a contratação de docas e armazéns nos portos do Império.

Até então os “portos do Império” (*i.e.*, aqueles principais, que mais interessavam à Coroa) eram construídos e operados diretamente pela Coroa. Ao lado deles havia ainda – vale lembrar – aquele conjunto desarticulado de trapiches (espécie de portos rudimentares), que parece ter sido instalado com base na concessão da dominialidade real sobre as porções de praia (marinas) – e não com base na *regalia* portuária.

O modelo do Decreto 1.746/1869 era de verdadeira concessão portuária. Por ele, os empresários sujeitavam as plantas e os projetos das obras à aprovação do Governo Imperial (art. 1º, § 1º). Aprovados, obtinham um prazo de concessão, que poderia chegar à generosa marca de 90 anos (art. 1º, § 3º). E durante a vigência da

¹¹ Decreto de 13 de julho de 1820. Declara da competencia da Repartição da Marinha a concessão , e a todos os portos de qualquer porção do praia.: (...) Havendo sempre sido considerados como uma dependencia da Repartição da marinha todas as praias de qualquer Porto, e muito particularmente aquellas que ficam situadas nas immedições estabelecimentos navaes; e constando-me que, não obstante isso, foram concedidas, e distribuidas por diversas autoridades varias porções de terrenos nas praias desta cidade a individuos, que as requereram com o fim de levantarem alli estaleiros, estancias , e outros estabelecimentos da mesma natureza, resultando daqui o grande embaraço

concessão passavam a perceber, pelas obras e serviços prestados, um conjunto de tarifas (art. 1º, § 5º).

Fundadas nesse novo marco, diversas concessões foram sendo outorgadas a particulares – isso tanto *de portos*, como também *em portos* (o que faz supor portos com múltiplos concessionários). Seja como for, encontraram amparo nesse decreto as outorgas referentes aos portos de Salvador (Decreto 4.695/1871), Fortaleza (Decreto 8.943-A/1883), Vitória (Decreto 1.173/1892), Belém (Decreto 5.978/1906) – todos hoje sob o domínio federal.

Também alguns portos que hoje encontram-se delegados a entes subnacionais foram, ao longo do século XIX, outorgados a particulares. É o caso, por exemplo, do porto de Manaus (Decreto 3.725/1900), hoje administrado pelo estado do Amazonas, e do porto de Paranaguá (Decreto 5.053/1872), hoje administrado pelo estado do Paraná.

Porém, o fracasso do modelo para este último porto (Paranaguá)¹², foi um dos fatores que abriu espaço para que ali se experimentasse pioneiramente um arranjo alternativo que, em curto espaço de tempo, seria aplicado a outros portos mais. É o que logo veremos.

2.2 O Primeiro Período Republicano (1891 a 1933) – Estado federado, incertezas quanto à dominialidade federal ou estadual sobre os portos, e as “concessões portuárias interfederativas”

A Constituição republicana de 1891 inaugurou, no Brasil, o modelo de Estado federado, composto por União, estados e municípios. O seu formato, em linhas muito gerais, propunha a redução da ingerência federal em assuntos dos estados, legítimos

¹² Não tendo sido executadas as obras contratadas e aprovadas em 1873 (Decretos 5.053 e 5.462/1873, respectivamente), foi decretada a caducidade da sua concessão pelo Decreto 10.350/1889. No ano seguinte, o Decreto 925/1890 criava uma comissão para realizar o estudo e a execução das obras de melhoramento desse porto. Apesar das amplas referências ao “Governo Federal”, o seu art. 7º dispunha que os engenheiros encarregados dos trabalhos de dragagem do porto ou de qualquer outro serviço poderão “*entender-se directamente com as diversas autoridades e funcionarios desse Estado (Paraná) para a boa execução dos mesmos serviços*”. Reiterava-se, assim, o histórico envolvimento das autoridades (agora) estaduais no empenho das obras portuárias.

sucessores das antigas províncias e, antes dessas, das capitanias.

É nesse exato sentido o teor de algumas de suas passagens:

Art. 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...)

Art. 65 - É facultado aos Estados (II) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

A fórmula do art. 65, II é de especial relevância pois lança a regra geral da competência estadual. Duas eram, grosso modo, as exceções: (i.) o espaço de autonomia dos Municípios naquilo que se refere ao seu “*peculiar interesse*” (art. 68); e, (ii.) o rol de competências exclusivas da União, onde inseriam-se atribuições como a decretação de impostos de importação, a instituição de taxas sobre os serviços de selo, correios e telégrafos federais, e a criação e manutenção de alfândegas (art. 7º, I, III e IV e § 1º, II).

Especificamente quanto aos portos, esses não estavam ainda inseridos em nenhum rol que determinasse categoricamente a sua alocação na esfera de prerrogativas de um ou outro nível federativo. Deveriam ser presumidos, portanto, no âmbito geral das atribuições estaduais.

Ainda, e para além das presunções, dispositivo há na Carta de 1891 que sugere a prevalência do domínio estadual sobre os portos. É ele:

Art 8º - É vedado ao Governo federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados.

A não-inserção dos portos no domínio federal é ainda sinalizada, no plano infraconstitucional, pela ausência de um regime de exploração unificado. O Decreto 4.859/1903, bem como o Decreto 6.368/1907, que o substituiu, na tentativa de aprimorar as regras de concessão portuária de 1869 já dispunham, no mesmo art. 2º, que “a exploração comercial destes (portos) será estabelecida segundo o regimen que

mais convenha a cada porto”.

Em todo caso, a autonomia de regimes não é suficiente para configurar o domínio estadual sobre os portos. A ordem jurídica anterior os havia confiado à única instância de competência então existente (a Coroa), e tornava-se agora preciso transferir aos Estados os seus respectivos portos (bem como outros tantos bens e serviços).

Nesse sentido era estabelecido nas disposições transitórias da Carta:

Art 3º - À proporção que os Estados se forem organizando, o Governo federal entregar-lhes-á a administração dos serviços, que pela Constituição lhes competirem, e liquidará a responsabilidade da Administração federal no tocante a esses serviços e ao pagamento do pessoal respectivo.

A regulamentação dessa norma foi, ao menos no que se refere aos portos, aparentemente mais amena que o comando constitucional. Dentre inúmeras e variadas questões orçamentárias, assim dispunha a Lei 3.232/1917:

Art. 75 O Presidente da Republica é autorizado (XI) a fazer aos Estados, que lh'o requerem, concessão para construção e melhoramento de portos situados nas respectivas costas e rios navegaveis do dominio da União, com os onus e favores da lei n. 1.646, de 13 de outubro de 1869 (*sic*); decretos ns. 3.314, do 16 de outubro de 1886; n. 6.368, do 14 de fevereiro de 1907, e mais leis e decretos em vigor;¹³

Dessa forma, o que era para ser uma “*entrega da administração*” acabou dando origem a uma espécie de *concessão interfederativa* dos portos aos Estados. E, apesar da distância entre uma e outra solução, o contexto normativo da época permite explicar como se teria chegado a esse arranjo.

A data do dispositivo sugere que se deve ter aguardado a edição do primeiro Código Civil da República para, apenas então, definir a sorte que seria atribuída aos portos. Não tendo sido aceita a proposta de Teixeira de Freitas, que atribuía

¹³ Essa exata redação seria, uma década mais tarde, reiterada pelo Decreto 5.552/1928:

Artigo unico. É o Presidente da Republica autorizado a fazer, aos Estados que o requererem, concessão para construção e melhoramentos de portos situados nas respectivas costas e rios navegaveis do dominio da União, com os onus e vantagens da lei n. 1.746, de 13 de outubro de 1869, mais leis e decretos em vigor; revogadas as disposições em contrario.

gratuidade ao uso das obras portuárias públicas,¹⁴ abriu-se espaço para a continuação do estabelecido pelo Decreto 1.746/1869.

A possibilidade de uso oneroso de alguns portos estava disposta no art. 68 do Código Civil de 1916 (“o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou remunerado...”). Foi, porém, o art. 61, III (“são acessórios do solo as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície”) um dos dispositivos que deve ter permitido entender-se pela manutenção do domínio federal sobre boa parte dos principais portos então existentes.

O quadro jurídico da época, portanto, era bastante pouco claro quanto ao que efetivamente fazer com os portos.¹⁵ De um lado, a Constituição sinalizava pela transferência da administração dos serviços portuários aos Estados. De outro, o Código Civil permitia entender que, acessórios ao solo, muitos dos principais portos então existentes estavam sob o domínio federal, e não estadual.

Seja qual for a explicação que se dê, fato é que o art. 75, XI da Lei 3.232/1917 autorizava o Presidente da República a conceder, aos Estados, aqueles portos situados em terrenos da União. Em termos procedimentais, transcorreria assim: os Estados faziam um requerimento, e a Presidência da República, discricionariamente, firmava com eles um contrato de concessão.

A primeira *concessão interfederativa* foi, como antecipado, a do porto de Paranaguá, levada a cabo pela edição do Decreto 12.477/1917, que “*concede(u) ao Estado do Paraná autorização para construir as obras de melhoramento no porto de Paranaguá*”.

Depois dele, outros vários portos foram sendo concedidos aos respectivos

¹⁴ Art. 328 – Pertencem à classe das coisas públicas tão-somente suscetíveis de uso gratuito: (...) 7º As ruas públicas, praças, estradas, caminhos, **cais**, chafarizes, fontes, **canais**, pontes e **quaisquer obras públicas construídas para utilidade e comodidade comum** ou estejam a cargo do Governo Geral ou do Governo Provincial ou das Câmaras Municipais.

¹⁵ Opinião diversa é aquela trazida pelo eminente professor e advogado Itiberê Rodrigues, para quem: “(...) à semelhança da Constituição imperial de 1824, a Constituição de 1891 não fez qualquer menção ao regime jurídico da exploração de portos. Apesar disso, sua importância está em haver concentrado (sem maiores dúvidas nem da doutrina e nem da prática) a matéria sobre portos na competência exclusiva da União Federal, tendo a contrario sensu afastado qualquer eventual competência dessa matéria (mesmo pela via da delegação) em favor dos Estados e Municípios.” (RODRIGUES, 2012)

Estados:¹⁶

Tabela 2 – Ciclo das Concessões Portuárias Interfederativas (1917 a 1933)

Ciclo das Concessões Portuárias Interfederativas (1917 a 1933)		
Porto	Estado Concessionário	Decreto de Outorga
Paranaguá	Paraná	Decreto 12.477/1917
Rio Grande	Rio Grande do Sul	Decreto 3.543/1918
Recife	Pernambuco	Decreto 14.531/1920
São Francisco do Sul	Santa Catarina	Decreto 15.753/1922
Niterói e Angra dos Reis	Rio de Janeiro	Decreto 4.902/1924
Vitória	Espírito Santo	Decreto 16.739/1924
Amarração	Piauí	Decreto 4.956/1925
Santarém	Pará	Decreto 4.956/1925
São Vicente e São Sebastião	São Paulo	Decreto 17.957/1927
Pelotas	Rio Grande do Sul	Decreto 18.487/1928
Maceió	Alagoas	Decreto 23.459/1933
Fortaleza	Ceará	Decreto 23.606/1933

Praticamente todas essas concessões faziam referência ao Decreto Imperial 1.746/1869, que acabou sendo apropriado para fim diverso àquele originalmente pretendido. Além de um específico decreto de outorga, cada uma dessas concessões vinha acompanhada ainda de um contrato de concessão, onde União firmava com Estados obrigações, prerrogativas e ditava o regime de exploração, como se particulares fossem.

Ou, ao menos assim era nos primeiros e mais rústicos contratos de concessão interfederativa. O contrato pioneiro do porto de Paranaguá¹⁷, por exemplo, trazia cláusulas mais gerais, como prazo da outorga, fiscalização federal do empreendimento, reversão em favor da União, etc. Ao lado dessas cláusulas, outras tratavam de minúcias, como a relação de obras de melhoramento a serem realizadas, e relação de serviços e respectivas taxas.

Porém, o sentido geral é de uma clara divisão entre aquilo que é atribuído à União (posição e prerrogativas de poder concedente) e aquilo que é atribuído ao

¹⁶ Ao mesmo tempo que esses portos eram concedidos aos Estados, outros tantos foram sendo outorgados a particulares, ou então transferidos à administração federal direta. São exemplos dessas situações: *(i.)* trecho do cais do porto do Recife, a ser explorado indiretamente pelo Ministério da Viação (Decreto 3.401/1917); *(ii.)* porto de Natal, administrado e explorado diretamente pelo Departamento Nacional de Portos e Navegação (Decreto 21.995/1932); *(iii.)* porto de Ilhéus, concedido à Companhia Industrial de Ilhéus (Decreto 16.544/1924); *(iv.)* porto do Forno, concedido ao particular Miguel Couto Filho (Decreto 16.681/1924).

¹⁷ Transcrito, na íntegra, no Anexo 1, *infra*.

“Estado concessionário” (o sujeito diretamente encarregado e responsabilizado pela execução do contrato). Nenhuma autonomia ou prerrogativa diferenciada parece ter sido, nesse primeiro momento, devida aos Estados – pelo fato de serem Estados, e não particulares.

Diversas cláusulas do contrato de concessão do porto de Paranaguá ao Estado do Paraná, em 1917, ilustram essa assimétrica relação:

(IX) Durante o prazo das concessões o Estado concessionario será obrigado a proceder, á sua custa, ás reparações necessarias ás obras e a mantel-as em perfeito estado de conservação, ficando ao Governo Federal o direito de, em falta de cumprimento desta clausula, fazer executar esses trabalhos por conta do Estado.

(X) Qualquer extensão de cáes, definitivo ou provisorio, só poderá ser entregue ao trafego publico mediante prévia autorização o Governo Federal.

(XII) Além das taxas referidas na clausula XI, é licito ao Estado concessionario, com prévia autorização do Governo, perceber outras em remuneração dos serviços prestados em seus estabelecimento, como carregamento ou descarregamento de vehiculos das vias ferreas, emissão de warrants, etc., sendo-lhe tambem permittido estabelecer um serviço de reboques com tarifas préviamente aprovadas pela União.

(XXIII) Si depois de iniciada a exploração do porto for verificado que a arrecadação das taxas estipuladas na clausula XI foi insufficiente no anno findo para a remuneração do capital empregado nas obras á razão de seis por cento (6 %) ao anno, a União entregará ao Estado do Paraná, do producto da taxa de 2 % ouro sobre a importação pelo porto ora contractado, a quantia necessaria para completar ao juros de 6 % limitada porém a responsabilidade da União ao Total do producto dessa taxa de 2 %, ouro, no referido anno e no mesmo porto.

(XXIV) O Estado concessionario deverá formar um fundo de amortização por meio de quotas annuaes calculadas de modo a reproduzir o capital empregado na obras no fim do prazo da concessão.

(XXV) O Governo Federal regulamentará os serviços de exploração do porto, de modo a harmonizar o funccionamento do fisco aduaneiro exercido pelo Ministerio da Fazenda com os interesses da administração do trafego do porto a cargo do Estado do Paraná e os serviços de fiscalização do contracto de concessão a cargo do Ministerio da Viação e Obras Publicas, representado pela Inspectoria Federal de Portos, Rio e Canaes.

(XXVI) O Estado do Paraná contribuirá annualmente com a quantia de sessenta contos de réis (60:000\$) para as despesas de fiscalização das obras durante o periodo de construcção, ficando essa contribuição

reduzida a quarenta contos de réis (40:000\$) no periodo da exploração.

(XXVII) O Governo Federal poderá resgatar todas as obras em qualquer tempo.

(XXVIII) A rescisão do Contracto poderá ser declarada de pleno direito por decreto Governo Federal si forem excedidos quaesquer dos prazos estabelecidos na clausulas VI, salvo motivo de força maior comprovado.

(XXIX) Findo o prazo de sessenta anos, contados da data da assignatura do contracto, reverterão para o dominio da União, sem indemnização alguma, as obras, os terrenos, bemfeitorias e material fixo e rodante.

Nada é dito sobre a possibilidade de o “Estado concessionário” encarregar um particular (por nova outorga, subcontratação, cessão do contrato, ou qualquer outro meio) da realização das obras ou da exploração comercial do porto. Não se tratava, aqui e portanto, de um *arranjo federativo* que foi estabelecido em torno de uma competência pública (porto). Tratava-se, isso sim, de uma *especial operação de outorga* que tinha, no seu “polo passivo”, não um particular, mas sim um ente federado.

Apenas mais tardiamente – especialmente para os contratos celebrados ou aditados a partir do Decreto 24.599/1934 – é que os “Estados concessionários” passaram a ter reconhecidas algumas outras prerrogativas. Essas prerrogativas reduziam a distância havida entre União e Estados, mas sem, com isso, subverter a lógica de que o que entre eles havia era uma *especial operação de outorga*, e não um *arranjo de índole federativa*.

Esse é o caso, por exemplo, do contrato de concessão do Porto de São Sebastião, firmado com o Estado de São Paulo em julho de 1934.¹⁸ E, para ilustrar essas novas prerrogativas dos “Estados concessionários”, que os aproximava da União e afastava dos concessionários privados, algumas notáveis inovações do contrato merecem ser transcritas (especial destaque para a cláusula XXVIII):

(IV) O Estado concessionario poderá dispôr, mediante venda ou arrendamento, cujos pregos e demais condições serão submettidos á aprovação do Governo Federal, das sobras dos terrenos adquiridos por compra ou desapropriação, desde que não sejam necessarias a

¹⁸ Também disponibilizado, na íntegra, como Anexo 2, *infra*.

obras ou serviços do porto nem, de modo geral, a quaesquer outras obras ou serviços de utilidade publica, a juizo do mesmo Governo. Quanto as sobras de terrenos de marinhas a accrescidos, nas mesmas condições das anteriores, ser-lhe-ão preferencialmente aforadas na fórmula das leis vigentes, para livre disposição do dominio util.

(V) Durante o prazo deste contracto, o Estado concessionário gozará, de isenção de direitos, sujeita ás disposições do decreto n. 24.023, de 21 de março do corrente anno, para os materiaes, machinismos ou aparelhos que importar, para as obras e installações, cuja realização, ampliação, conservação e renovação lhe competem, em virtude deste mesmo contracto. Gozará o Estado, além disso, de isenção de todos os demais impostos federaes, que incidam ou venham a incidir sobre as referidas obras e installações ou sobre os serviços correspondentes.

(VII) A execução das obras será, pelo Estado, confiada a firma constructora idonea, mediante concurrencia publica.

(XXIV) Findo o prazo da concessão, reverterão ao dominio da União as obras, o aparelhamento, terrenos, installações diversas e tudo mais que constituir, nessa occasião, o acervo da concessão a que se refere o presente contracto. O Estado concessionario, ao mesmo tempo, incorporará ao seu patrimonio a importancia dos fundos de compensação a que se refere a clausula XXIII, e receberá da União em titulos da divida publica federal, pela cotação que então tiverem na Bolsa de titulos do Rio de Janeiro, a parte de cada uma das parcelas do capital adicional, de que trata a clausula x, que na mesma occasião ainda não estiver compensada pelo respectivo fundo.

(XXVI) Por accôrdo entre o Governo Federal e o Estado concessionario, o presente contracto poderá ser rescindido, em qualquer tempo, mesmo antes da data em que, de accôrdo com o disposto na clausula XXV, a encampação da concessão póde tornar-se effectiva.

(XXVIII) A presente concessão só poderá ser transferida a terceiros no todo ou em parte, pelo Estado concessionario, depois de terminada a construção do porto e mediante prévia autorização do Governo Federal.

A progressiva incorporação dessas cláusulas em *alguns* contratos, assim como o desenvolvimento de outros instrumentos mais, bem denotam o aprofundamento que vivenciou esse modelo de *concessão portuária interfederativa*. Ao mesmo tempo, porém, fragilidades desse mesmo modelo (como a exacerbada ênfase nos contratos e a carência de uma melhor definição legislativa sobre o assunto) facilitaram a sua posterior eliminação.

Esse movimento, que vai do aprofundamento à eliminação do modelo, foi o que

se vivenciou nas quatro décadas seguintes (de 1934 a 1963) ao ciclo das primeiras *concessões portuárias interfederativas* (de 1917 a 1933).

E é justamente o que veremos no tópico a seguir.

2.3 O Segundo Período Republicano (1934 a 1963) – aprofundamento do modelo das “concessões portuárias interfederativas” e uma visão das suas características e fragilidades

Tamanha foi a relevância daquilo que, entre 1917 e 1933, se praticou que, em 1934, a concessão interfederativa foi alçada à estatura constitucional. Isso não apenas para os serviços portuários, como também para outros mais, como os ferroviários, e os relacionados à navegação aérea.

Foram, além disso, instauradas a competência privativa da União para legislar sobre o regime de portos, e a preferência dos Estados (sobre os particulares, por certo) para obter concessões federais dessa utilidade:

Art 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre: (e) regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais;

§ 2º - Os Estados terão preferência para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação.

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União;

Outros dispositivos constitucionais passaram a tratar da cooperação entre funcionários da União e Estados para “serviços correlativos”¹⁹ – o que pode ter sido

¹⁹ É o caso dos art. 5º, § 1º, art. 7º, parágrafo único, e art. 17, inciso VI, da Carta de 1934:

Art. 5º, § 1º - Os atos, decisões e serviços federais serão executados em todo o País por funcionários da União, ou, em casos especiais, pelos dos Estados, mediante acordo com os respectivos Governos.

Art 7º - Parágrafo único - Podem os Estados, mediante acordo com o Governo da União, incumbir

muito bem aplicado para execução de alguns contratos de concessão relacionados a portos. Porém, nenhum outro dispositivo da Carta de 1934 trouxe oportunidade maior para suplantar o modelo das *concessões interfederativas* que o art. 9º. Suplantar, ou, ao menos, fazê-lo evoluir para algo mais próximo a um efetivo *arranjo federativo*, e não mera *outorga*:

Art 9º - É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações.

A maior pertinência da figura de “*acordos*”, ao invés de “*contratos*” (que se dirá quanto aos de concessão) para reger relações entre União e Estados é inequívoca. Mas o fato é que, ao menos para o setor portuário, a solução desse dispositivo não foi utilizada: prosseguiu-se com o modelo das concessões interfederativas, mas com uma relevante alteração.

O Decreto 24.599/1934, que veio em substituição ao Decreto 1.746/1869, restringiu a contratação dos Estados para apenas aqueles portos com “*renda insuficiente para o financiamento das obras indispensáveis*”.

Em relação ao que antes se praticava, a diferença fundamental está apenas em que a União passaria a contribuir supletivamente para o financiamento das obras e melhorias necessárias. Para isso, passaria a dedicar 10% dos direitos aduaneiros percebidos para integrar o caixa do próprio porto.

É como vinha disposto pelo Decreto:

Art. 19. Desde que o melhoramento de um pôrto nacional, obedecendo a motivos de interêsse público, deva ser melhorado, apesar de não oferecer, pelo custo das obras necessárias e pela renda provável de seu tráfego condições para assegurar o financiamento dessas obras o Governo Federal poderá outorgar a respectiva concessão ao Estado em cujo território o pôrto se encontre, obrigando-se a contribuir com parte do capital necessário ao melhoramento e aparelhamento do referido pôrto e bem assim, com a entrega ao Estado do produto do

funcionários federais de executar leis e serviços estaduais e atos ou decisões das suas autoridades.

Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (VI) negar a cooperação dos respectivos funcionários no interesse dos serviços correlativos;

imposto adicional de 10%, sôbre os direitos aduaneiros, realmente devidos, e arrecadados na respectiva alfândega ou mesa de rendas, para ser incorporado à renda ordinária do tráfego dêsse pôrto.

A despeito desse atrativo instituído, contudo, não surge um novo ciclo de concessões a partir de 1934. Houve, é verdade, a revisão, a rescisão e mesmo a re-celebração de uns poucos contratos²⁰ – nada, todavia, tão expressivo ou frequente a ponto de denotar alguma expansão desse modelo. Em outras palavras, o impacto do art. 19 do Decreto 24.599/1934 ficou bastante restrito às concessões então já realizadas, e nada muito além.

Um diploma que parece ter tido maior influência para o aprofundamento desse modelo, por outro lado, foi o Decreto 24.508, do mesmo ano de 1934. Dentre outros efeitos, o Decreto criou a figura da “administração do porto”, que veio a ser definida como *“a entidade que, em cada porto organizado, tem a seu cargo a exploração do respectivo tráfego”* (art. 1º, §1º).

Era ela responsável pela coordenação geral ou execução direta de algumas atividades administrativas vitais a um porto – como a designação de locais para permanência de cargas, o recebimento em depósito de certas mercadorias, e a publicação das tarifas. Adicionalmente, estava diretamente encarregada da prestação de uma série de serviços portuários, como, por exemplo, o serviço de capatazia ou o de armazenagem externa. Ou seja, era um agente diretamente comprometido na execução das atividades portuárias.

Em virtude dessa nova figura, vários Estados começaram a constituir entidades para serem encarregadas da exploração do tráfego de portos que lhes estavam outorgados. A maioria dessas criaturas acabaram tomando a forma de autarquias estaduais, a exemplo daquilo praticado para os portos do Pará²¹; Paranaguá e

²⁰ Ex.: porto de Recife, pelo Decreto 1.995/1937; e a rescisão de outros contratos (ex.: porto do Forno, a pedido do Estado do Rio de Janeiro, pelo Decreto 2.607/1938); e, ainda, a re-celebração de alguns outros (ex.: porto de São Francisco do Sul, pelo Decreto 6.912/1941).

²¹ “O Decreto Lei n.º 2.154, de 27.04.40, criou a SNAPP – Administração Autônoma dos Serviços de Navegação da Amazônia e de Administração do Porto do Pará e o Decreto Lei n.º 2.436, de 22.07.40, passou para a União as instalações portuárias de Belém.”
(<http://www.cdp.com.br/porto-de-belem>)

Antonina²²; São Francisco do Sul²³; Rio Grande e Porto Alegre²⁴. É de se suspeitar que alguns outros portos acabaram seguindo essa mesma linha de sujeição a autarquias estaduais, mas talvez não todos.

Uma evidência disso é a existência atual de portos explorados tanto por autarquias estaduais, como também por empresas públicas estaduais. Seja como for, essa verdadeira heterogeneidade quanto à natureza das “administrações portuárias” estaduais (o mesmo valeria para as federais) revela algumas marcantes características que, até hoje, são presenciadas quando se fala em exploração de portos por entes subnacionais.

A primeira dessas características é justamente a carência de uma definição legislativa clara sobre esse específico arranjo. A prática começa em 1917, pela apropriação de um marco (Decreto 1.746/1869) pensado e criado para a contratação de docas e armazéns com particulares. Segue em 1934, pela elevação da prática ao patamar constitucional, mas, em contrapartida, pela sua mera previsão nos diplomas legislativos da época.

Assumia-se a posição da União como poder concedente, e isto era claro, mas questões importantes (como a prerrogativa de aprovar os projetos de obras e melhoramentos, possibilidade de explorar o porto por empresa pública estadual, ou mesmo de concedê-lo à iniciativa privada) eram todas confiadas aos contratos de *concessão interfederativa*. E esta exacerbada ênfase nos contratos é a segunda característica que destacamos.

Com um arranjo incapaz de promover a estabilidade jurídica necessária a

²² “Em 11 de julho de 1947 foi criada a Autarquia Estadual que levou o nome de Administração do Porto de Paranaguá (A.P.P). Em 10 de novembro de 1971, a administração dos dois portos paranaenses foi unificada pela lei 6.249, criando a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA).”

<http://www.portosdoparana.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=26>

²³ “Em 24 de Novembro do mesmo ano (1955), o Estado criou a autarquia Administração do Porto de São Francisco do Sul - APSFS.” (<http://www2.transportes.gov.br/bit/05-mar/1-portos/SaoFranciscoSul.pdf>)

²⁴ “Em 1951, face à importância que passou a adquirir o complexo hidro-portuário riograndense, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul criou, através da lei nº 1561, de 1º de outubro de 1951, o Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais - Deprc, autarquia que englobou os serviços concedidos, entre eles o Porto do Rio Grande, e outros executados pelo Estado na área hidroviária.” (http://www.portoriogrande.com.br/site/sobre_porto_historico.php)

instrumentos celebrados entre Estados e União, o modelo facilmente ruiu.

Durante todo esse período (1934 a 1963, e mesmo depois: até 1987), e quanto a essa específica matéria aqui tratada, muito pouco se alterou no plano constitucional ou infralegal.

Essa opinião é compartilhada pelo professor Itiberê Rodrigues:

“As Constituições republicanas editadas a partir de 1937 e antes da atual Constituição de 1988 praticamente nada alteraram, desde um ponto de vista sistemático e teleológico, o regime dos portos existente no país, antes se limitando basicamente a repetir a estrutura da Constituição de 1934.” (RODRIGUES, 2012)

Uma das poucas inovações dignas de registro é a instituição, no regime da Carta de 1937, do Conselho Federal, um órgão composto por “representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República” (art. 50). Nesse órgão teria início a discussão e votação de projetos de lei sobre algumas poucas matérias.

Uma dessas matérias era, não por acaso, o regime de portos:

Art 54 - Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: (a) tratados e convenções internacionais; (b) comércio internacional e interestadual; (c) regime de portos e navegação de cabotagem.

Durante o período em que vigeu essa ordem constitucional de 1937, foi promulgada uma norma instituindo um novo regime para *algumas* instalações portuárias, tendo como referência a sua exploração por entes subnacionais.

Trata-se do Decreto-Lei 6.460/1944, que criou e regulamentou a figura das “instalações portuárias rudimentares”, assim bem entendidas como aquelas de menor expressão econômica, que poderiam ser, então, construídas, conservadas e exploradas por Estados e Municípios²⁵:

²⁵ Por certo que esse específico regime estava respaldado pelo art. 19 da Constituição de 1937, de onde se extrai a seguinte disposição:

Art 19 - A lei pode estabelecer que serviços de competência federal sejam de execução estadual;; neste caso ao Poder Executivo federal caberá expedir regulamentos e instruções que os Estados devam observar na execução dos serviços.

Art. 1º As instalações portuárias das cidades e vilas do país, cujo valor não ultrapasse de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), poderão ser construídas pelos municípios e pelos estados e a sua construção, conservação e exploração serão regidas por êste Decreto-lei. Os dispositivos do presente Decreto-lei se aplicarão também às instalações portuárias de valor até Cr\$ 1.000.000,00 que a União construir e entregar aos municípios para conservar e explorar.

Caso as instalações superassem um milhão de cruzeiros, passariam ao regime do Decreto 24.599/1934 (art. 1º, parágrafo único), isto é, passariam ao regime das *concessões interfederativas*. Do ponto de vista prático (isto é, das condições ordinárias de exploração da infraestrutura), isso muito pouco significava, especialmente porque o regime dessas instalações portuárias rudimentares em muito se aproximava daquilo que já estava disposto em contratos de concessão a Estados – sobretudo nos mais recentes.

Pelo regime do Decreto-Lei, todas essas instalações portuárias rudimentares eram de natureza federal, ainda que construídas por entes subnacionais (art. 2º). Sujeitavam-se, por consequência, ao Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais – o órgão federal encarregado, à época, do setor.

Era esse órgão o responsável por aprovar os projetos estaduais ou municipais relacionados a infraestrutura portuária (art. 3º), as taxas que seriam por eles praticadas (art. 4º), bem como realizar a fiscalização contábil desses empreendimentos (arts. 5º e 6º). Isso valia para as instalações portuárias rudimentares, por disposição expressa do Decreto-Lei 6.460/1944, e valia também para os portos concedidos a Estados, por disposições constantes na absoluta totalidade dos contratos de concessão.

Também essas instalações portuárias rudimentares podiam ser encampadas (art. 2º, §1º), ou mesmo ter suas autorizações cassadas (hipóteses do art. 8º). Mas, por outro lado, todas elas estavam sujeitas a um mesmo regime jurídico geral, e, mais importante ainda, um regime jurídico apropriado para o tipo de arranjo que se pretende realizar (execução estadual ou municipal de serviços federais, cf. art. 19 da Constituição de 1937).

É dizer, por outro lado: em se tratando de instalações portuárias exploradas por Estados, havia mais segurança e certeza quanto ao que se fazer (e como fazer) com

aquelas de menor expressividade econômica, ou rudimentares, que com aquelas outras de maior relevância econômica. Isso era devido à existência de um marco legal mais adequado àquelas que a estas, e, sempre frisamos, às assimetrias e incertezas jurídicas que decorrem da fórmula das *concessões interfederativas*: a cada Estado o regime do respectivo contrato.

Seja como for, esse cenário constitucional tão propício (Conselho Federal com atribuições sobre o setor portuário, e previsão de execução estadual de serviços federais – arts. 54 e 19 da Constituição de 1937, respectivamente) não foi replicado pela Carta de 1946, ou pelas suas sucessoras.

E, com uma ordem constitucional pós-1946 aparentemente menos propensa à proeminência de Estados e Municípios na execução de competências federais, abriu-se espaço para iniciativas mais centralizadoras no setor portuário. É justamente o que teve início na década de 60, quando, então, se presenciaria um paulatino incremento da presença federal nos portos.

Essa federalização do setor é o tema do próximo tópico.

2.4 O Período das Encampações e Intervenções Federais (1963 a 1988)

Como visto, o modelo de *outorgas portuárias interfederativas* teve início no ano de 1917, com a concessão do porto de Paranaguá ao Estado do Paraná.

Esse modelo viria a ser aprofundado nos anos seguintes, sem que, contudo, se solucionasse as suas fragilidades congêneres (lógica de *outorga*, e não de *arranjo federativo*; carência de definições legislativas sobre o assunto; exacerbada ênfase nos contratos para veiculação do regime jurídico).

Em termos institucionais, o ápice da proeminência subnacional (estadual e municipal) sobre o setor portuário deve ter-se dado nos anos de 1937 e 1944. Em 1937, sobretudo pela previsão constitucional do envolvimento de representantes estaduais, integrantes do Conselho Federal, na definição do regime de portos. Em 1944 por meio de aquilo que pode ter sido um dos frutos desse envolvimento: o Decreto-Lei 6.460/1944, que reconheceu aos Estados e Municípios a prerrogativa de explorar, em regime de autorização, as denominadas “instalações portuárias

rudimentares”, o que sejam, aquelas com menor expressividade econômica (até um milhão de cruzeiros, à época).

O Conselho Federal, todavia, teve vida breve. Não foi acolhido pela ordem constitucional então vinda (1946), e nem também por aquelas que seriam suas sucessoras (1967, e a atual: 1988). Sem uma ordem constitucional ou mesmo legal que fosse mais explícita sobre a possibilidade e condições da exploração subnacional de atribuições federais (ex.: portos), os *contratos de concessão portuária interfederativa* foram muito facilmente suplantados.

O diploma que marca o início da derrocada desse modelo de 1917 é a Lei 4.213/1963, que transformou o então Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC)²⁶ em Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, uma entidade autárquica com amplas e híbridas atribuições:

Art. 3º - Ao DNPVN compete especialmente:

- a) superintender, orientar, controlar e fiscalizar a política de portos e vias navegáveis da União;
- b) exercer tôdas as atividades que couberem à administração federal no setor de portos e vias navegáveis, no âmbito da viação e obras públicas;
- c) estudar, planejar, projetar, programar, orientar, superintender, promover e executar ou fiscalizar obras e serviços de melhoria ou desenvolvimento dos portos e vias navegáveis, de proteção e defesa das costas e margens das vias navegáveis e de recuperação de áreas que interessem aos mesmos;
- d) cooperar com outros órgãos da administração pública federal, estadual, municipal e autárquica, para a realização de obras e serviços que digam respeito a portos e vias navegáveis; e objetivos correlatos;
- e) supervisionar e fiscalizar a exploração dos portos a cargo da União e de concessionários;
- f) administrar os portos que vierem a ser incorporados ao DNPVN, desde a incorporação e até que seja estruturada a organização definitiva para os mesmos;
- g) supervisionar e fiscalizar os portos não organizados, qualquer que seja a forma de utilização do embarcadouro; (...)
- r) estruturar, em autarquias federais, nos moldes previstos nesta lei,

²⁶ Antigo Departamento Nacional de Portos e Navegação, criado em 1934 por Getúlio Vargas.

se não fôr adotada outra forma para a sua administração, os portos que vierem a ser organizados e os portos atualmente sob regime de concessão se êstes vierem a ser incorporados ao DNPVN;

s) participar de sociedade, de economia mista como representante da União, na exploração comercial de portos e execução de serviços de dragagem, nos moldes desta lei;

As alíneas ‘f’ e ‘r’, destacadas, evidenciam o mecanismo pelo qual o DNPVN pôde promover uma reforma institucional no setor portuário. As administrações de portos existentes poderiam, por deliberação do Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis (CNPV), ser incorporadas ao DNPV (art. 6º, B, 4 da Lei 4.213/1963). Passo contínuo, o DNPV e o CNPV, em articulação, tomariam as providências necessárias para que esses portos fossem adequados a uma das seguintes formas de exploração:

Art. 25. Os portos organizados poderão ser explorados:

- a) Por Entidades Autárquicas Federais;
- b) Por Sociedades de Economia Mista;
- c) Por Concessão;
- d) Pelo DNPVN diretamente.

Em tese, os portos outorgados a Estados poderiam seguir sendo explorados no regime estipulado em seus respectivos contratos de concessão. O suporte para essa permanência estava dado pelo art. 25, alínea ‘c’, lida em conjunto com o art. 3º, alínea ‘d’, acima transcrita. Mas não foi o que ocorreu.

O que, nesse período ocorreu – e como antecipado, foi um verdadeiro ciclo de federalização dos portos (concedidos a Estados ou à iniciativa privada, indistintamente). Além da incorporação ao DNPVN, outros instrumentos mais foram utilizados para tal fim, dentre os quais destacam-se: **(i.)** decretação da intervenção federal; **(ii.)** decretação da encampação; **(iii.)** transferência do controle e administração para uma sociedade de economia mista federal (“Companhias Docas”); e, não por último, **(iv.)** rescisão dos contratos de concessão, seguidos da instituição da administração provisória pelo DNPVN.

Não nos interessa abordar as diferenças havidas entre esses instrumentos, mas tão somente noticiar o seu sentido geral: houve, nessa época, um movimento de federalização de portos, que teve início em 1963, com a intervenção federal no porto de Itaqui (então concedido à iniciativa privada) e prosseguiu até a década de 80,

finalizando com a criação de diversas Companhias Docas (sociedades de economia mista) federais.

No meio desse processo, mais precisamente no ano de 1975, houve ainda a criação da Empresa de Portos do Brasil – Portobrás (Lei 6.222/1975), ente federal que sucedeu o DNPVN. As suas atribuições envolviam várias daquelas herdadas do antigo departamento, dentre as quais destaca-se a de constituir subsidiárias encarregadas da administração e exploração dos portos (art. 5º).

Dessa forma foi que, a partir da década de 60, a União assegurou a sua presença na exploração portuária, afastando dela, em larga medida, o envolvimento de particulares e também de entes subnacionais diversos.

Essa federalização do setor, em todo caso, não parece ter sido feita à revelia do interesse dos concessionários estaduais. Muitos Estados pareciam estar enfrentando, nessa época, graves dificuldades para realizar os investimentos necessários à manutenção e expansão da atividade portuária. Sem conseguir adimplir com os contratos, a federalização parecia-lhes uma boa alternativa.

Várias normas da época noticiam esse contexto. Uma dessas normas é o Decreto 52.345/1963, que decretou a incorporação do acervo do porto de Maceió (então outorgado ao Estado de Alagoas) ao DNPVN. Nos seus *consideranda* lemos o seguinte:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, inciso I, da Constituição, e

CONSIDERANDO que compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços portuários (artigo 1º do Decreto no 24.599, de 6 de julho de 1934);

CONSIDERANDO que foi outorgada, ao Estado de Alagoas concessão para a exploração do Pôrto de Maceió;

CONSIDERANDO que o concessionário não mais dispõe de meios para manter em equilíbrio econômico a exploração do pôrto;

CONSIDERANDO que além disto a suspensão dos trabalhos pode ocasionar perturbação de ordem pública;

CONSIDERANDO, ainda, que a Lei número 4.213, de 14 de fevereiro de 1963, permite ao poder concedente incorporar ao Departamento

Nacional de Portos e Vias Navegáveis, bens e serviços de concessionários de serviços portuários;

CONSIDERANDO serem inadiáveis providências que o concessionário reconhece não as poder ultimar;

CONSIDERANDO o que consta do Processo no 10.762-63 do Ministério da Viação e Obras Pública o que o próprio concessionário expôs em seu Ofício no OG-42-63, de 3 de maio de 1963 dirigido ao Ministério da Viação e Obras Pública;

CONSIDERANDO os termos da cláusula XXX, do contrato de concessão assinado entre a União Federal e o Govêrno do Estado de Alagoas, em cumprimento ao Decreto no 23.459, de 10 de novembro de 1933, que estabelece as condições para a rescisão do contrato de concessão;

CONSIDERANDO a deliberação tomada pelo Conselho Nacional de Portos e Vias navegáveis em sua reunião de 5 de agosto de 1963, devidamente homologada pelo Senhor Ministro da Viação e Obras Públicas;

CONSIDERANDO que a Lei no 4.213 aludida, ao prever a incorporação de uma administração de pôrto, estabelece que os bens, serviços e pessoal incorporados permanecem distintos dos bens, serviços e pessoal do próprio Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis;

CONSIDERANDO que a incorporação não altera o regime jurídico do pessoal da administração de pôrto incorporada que continua regido pelas mesmas leis que o regiam antes da incorporação (art. 27 da Lei número 4.213);

CONSIDERANDO a manifestação do Govêrno do Estado de Alagoas, objeto do Processo no 17.858-63-MVOP, no sentido de que, uma vez expedido o ato de incorporação, colocará à disposição, do Govêrno Federal todo o pessoal que dispuser.

Essa fórmula-geral dos *consideranda*, com pouquíssimas variações, foi replicada por outras normas mais que operaram a federalização dos portos. Pode-se dizer, portanto, que a federalização significava, em verdade, uma alternativa, um refúgio para aqueles Estados e particulares que não mais pretendiam manter seus contratos. Dito de outra forma, os ônus do setor deveriam ser suportados por aquele que é, ao fim e ao cabo, o seu único e exclusivo titular, i.e., a União federal.

Para registro, tem-se ainda como exemplo de federalização realizada por meio de encampação, e na época em que atuava a Portobrás a encampação dos portos de Angra dos Reis e Niterói, pelo Decreto 77.534/1976:

Art. 1º. Por mútuo interesse da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro, ficam extintas as concessões dos Portos de Angra dos Reis e Niterói, outorgados àquele Estado pelos decretos 16.961 e 16.962, ambos de 24 de junho de 1925, aplicando-se aos bens e serviços respectivos as disposições contidas no Artigo 13 do Decreto número 24.599, de 6 de julho de 1934, considerado, ainda, a autorização contida no parágrafo único do artigo 3º, do Decreto-lei Estadual no 191, de 14 de julho de 1975.

Art. 2º. A União fica imediatamente imitada na posse das instalações portuárias respectivas dos termos do Artigo 11 do Decreto-lei no 973, de 20 de outubro de 1969 as quais ficarão sob a gestão da Empresa de Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS, em obediência ao inciso IV do Artigo 4º da Lei no 6.222, de 10 de julho de 1975, até que lhe seja dado o destino definitivo.

A tabela seguinte sintetiza esse período de federalização dos portos.

Tabela 3 – Ciclo de Federalização Portuária (1963 a 1990)

Etapa de Federalização Portuária (1963 a 1990)		
Porto	Meio de Federalização	Decreto
Ilhéus	Intervenção Federal	Decreto 51.761/1963
Manaus	Intervenção Federal	Decreto 51.889/1963
Mucuripe	Organização Societária de Cia. Docas	Decreto 57.103/1965
Natal, Maceió e Areia Branca	Criação de Cia. Docas	Decreto 66.154/1970
Salvador	Intervenção Federal	Decreto 67.677/1970
Forno	Criação de Autarquia Federal	Decreto 71.015/1972
Org. No Maranhão	Criação de Cia. Docas	Decreto 73.725/1974
Angra dos Reis e Niterói	Encampação	Decreto 77.534/1976
Salvador	Encampação	Decreto 77.2997/1976
Recife	Encampação	Decreto 82.278/1978
Vitória	Encampação	Decreto 82.279/1978
Santos	Criação de Cia. Docas	1980
Vitória	Criação de Cia. Docas	Decreto 87.560/1982

Claro que nem todos os portos foram federalizados: uma minoria permaneceu estadual mesmo diante de todo esse cenário iniciado em 1963. É o caso do porto de Suape, no Estado do Recife, para o qual se constata a edição da Lei Estadual 7.763/1978 (um dos auges da federalização), criando a empresa SUAPE – Complexo Industrial Portuário.

Mas o mais certo é afirmar que esse período de federalização do setor portuário, iniciado em 1963, foi extremamente influente para a conformação jurídica atual do setor. Para se ter a dimensão dessa influência, basta se ter presente que, nos anos em que o atual texto constitucional estava sendo redigido (1987 e 1988), ainda era existente, ainda que talvez não tão operante, a estatal monopolista que esse

período criou: a Portobrás.

Não se deve ter tido, assim, dificuldades em se seguir a tradição constitucional e a conformação empírica do setor para afirmar que os portos marítimos, fluviais ou lacustres são uma competência da União (art. 21, XII, 'f'), ou que a competência legislativa sobre os mesmos é privativa desse mesmo ente (art. 22, X). Mas o fato é que não tardaria a que essa estatal fosse dissolvida (1990), ou que logo (1998) se avançasse para modelos constitucionais de gestão descentralizada de serviços públicos.

Ou seja, a despeito da forte herança trazida por esse período, não tardaria a que se abrissem novamente os espaços necessários à busca de novos arranjos federativos relativos ao setor portuário. Para alguns desses arranjos (convênios de delegação, pela Lei 9.277/1996) o setor portuário pode ser considerado um pioneiro, mas para outros mais (consórcios públicos e convênios de cooperação, pela Emenda Constitucional 19/1998), o que se observa é a existência de um potencial de cooperação ainda inexplorado.

Todos esses tópicos, referentes às conformações e possibilidades de cooperação setorial a partir da edição da Constituição Federal de 1988, são o objeto do próximo capítulo, que agora se inicia.

3 Regime Atual e Caminhos para o seu Aprimoramento

3.1 A Ordem Constitucional de 1988: “portos” como uma competência da União, a descentralização da gestão de serviços públicos pela EC 19/1998, e três formas de atuação de entes subnacionais no setor portuário

A ordem constitucional de 1988, seguindo a tradição das Cartas anteriores, reservou os portos à União, para serem por ela explorados diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, ‘f’)²⁷.

O mesmo se fez para tantos outros serviços e instalações de infraestrutura, a exemplo dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII, ‘a’), dos serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, ‘b’), da navegação aérea e da infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, ‘c’), dos bens minerais (art. 176), da pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural (art. 177, I), e muitos outros. O rol, no caso da União, é extenso.

Aos entes subnacionais foram também confiados alguns serviços e instalações de infraestrutura, ainda que poucos. Exemplo disso são os serviços locais de gás canalizado, que foram confiados aos Estados (art. 25, § 2º) e dos serviços de iluminação pública, transporte coletivo e outros tantos “*serviços públicos de interesse local*”, atribuídos aos Municípios (art. 30, V).²⁸

Distintamente se fez em outras situações, notadamente quanto aos serviços sociais de saúde e educação (arts. 196 e 205). Em primeiro lugar porque não se fala, aqui, em reserva de competência (capaz de afastar, desses campos, a livre iniciativa), mas sim em atribuição de competências (capaz de obrigar o poder público). Em segundo lugar, distintamente se fez porque essa atribuição de competência não foi

²⁷ “Art. 21. Compete à União (XII) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.”

²⁸ Para a configuração dos serviços de iluminação pública como uma atribuição municipal, ver o nosso estudo: Ribeiro, Cássio Lourenço; Baggio, Guilherme Pereira. A busca por uma resposta para o embate sobre a municipalização do serviço de iluminação pública. In: **Agência Canal Energia**, Artigos e Entrevistas, publicado em 12/06/2013 e disponível em http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Artigos_e_Entrevistas.asp?id=95788.

feita a um ente ou outro, mas sim ao *Estado*, genericamente, sem especificar se União, Estados ou Municípios.²⁹

Isto é, quando quis especificar “*que ente*”, a Constituição assim o fez. E, no caso dos diversos serviços e instalações de infraestrutura, as especificações são bastante claras. Sugerem, aliás, a existência de uma verdadeira partilha de competências entre os entes, numa sistemática em que a reserva em favor de um ente exclui, por via de consequência, a atuação de outro.

São dessa mesma opinião alguns estudiosos que se debruçaram sobre o tema, com destaque para Cléverson Merlin Clève:

“... mister se faz não somente erigir, desde logo, premissa essencial referente à impossibilidade de adoção de interpretação literal do disposto no artigo 21 da Constituição Federal, mas também não olvidar que esse dispositivo não tem o objetivo de tratar genericamente do serviço público, mas sim de **realizar distribuição de competência entre os entes federados**, como aliás, obtemperou o Ministro Nelson Jobim no Julgamento do Recurso Extraordinário de autos nº 220.999-7”³⁰

Não nos interessa buscar algum critério que o constituinte possa ter seguido para realizar essa distribuição, mas apenas noticiar que ela é existente. E, mais ainda, essa partilha de competências entre os entes parecia ser estanque, na exata medida em que as formas de exploração direta (estatais) ou indireta (concessão, permissão

²⁹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

³⁰ Apud RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime da Constituição de 1988. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, p. 145-215, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50564>>. Acesso em: 23 out. 2012. Ver também, do mesmo autor, o artigo *Fundamentos Dogmático-Jurídicos do Sistema de Repartição das Competências Legislativa e Administrativa na Constituição Federal de 1988*, que, além de sinalizar a divisão federativa de competências, estabelece correlação entre as competências legislativa e administrativa:

“A atual sistemática brasileira da repartição de competências administrativas segue fielmente o modelo dualista norte-americano. O princípio básico é então o da execução direta ou imediata da legislação pela mesma pessoa que é competente para editar essa legislação. *A contrario sensu*, se um tema ou matéria administrativa foi atribuído a uma entidade específica da Federação, também a ela cabe direta ou imediatamente legislar sobre esse tema ou matéria.” (RODRIGUES, 2007)

e autorização) classicamente denotam meios de transferir a execução dessas competências a particulares, e não a outros entes federados. Da interação entre entes federados, especificamente, cuidam instrumentos outros, como acordos, e contratos (não de concessão).

É dizer: a Constituição de 1988, no seu regime original, trouxe como ponto de partida o ente federado (União, Estado ou Município) que detém a competência para explorar, direta ou indiretamente, certos bens e atividades reservados ao poder público. A partir daí, tudo que se admitia era a transferência da exploração desses mesmos bens e atividades para o particular, pelas formas já tradicionalmente conhecidas.

Inobstante o fato de o art. 21, XII (que realizou a *publicatio* de vários bens e atividades, dentre os quais o de portos, no inciso 'f') estar adjacente ao capítulo da organização político-administrativa do Estado, não se cogitava da participação de Estados e Municípios na administração ou exploração dessas mesmas competências da União.³¹ E esse regime vigeu por uma década, até que a Emenda Constitucional 19/1998 trouxe um novo art. 241 para a Carta:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O propósito geral dessa Emenda Constitucional, bem se sabe, era o de promover a efficientização da administração pública. Especificamente para aquilo que se convencionava denominar de “serviços públicos” (dentre o que aqueles bens e atividades do rol do art. 21, XII), um dos instrumentos propostos, e consolidados no art. 241 da Carta, era a sua *descentralização*.

³¹ Não havia, para eles, dispositivo semelhante àquele art. 202, § 4º, referente à previdência privada: “Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (...) § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.”

Essa *gestão descentralizada* de serviços serviria para contornar os engessamentos e déficits ocasionados por uma exacerbada concentração de atribuições nas mãos da União. É o que bem indica a Exposição de Motivos da PEC 173/1995, que deu origem a, dentre outros, o transcrito art. 241:

Mensagem 886, de 23/08/1995, do Poder Executivo

Exposição de Motivos Interministerial 49, de 18/08/1995

(...) Como disposição geral a ser incluída no texto constitucional e posteriormente regulamentada em lei complementar, prevê-se a edição de diferentes formas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a organização e gestão de funções e serviços. De particular importância será a permissão da incorporação ou cessão, entre as esferas de governo, de quadros de pessoal, bens e instalações, mediante convênios para a transferência total ou parcial de encargos ou serviços. A implantação de todas as modalidades de cooperação proposta depende sempre da voluntária adesão das partes envolvidas, respeitando-se a autonomia das unidades da federação.

O dispositivo agilizará, através da remoção de empecilhos legais, o processo da redefinição de encargos e responsabilidades entre as esferas federal, estadual e municipal. No caso específico da União, será possível negociar a transferência de atividades, pessoal e patrimônio afetados pela descentralização da gestão de serviços públicos. Ao mesmo tempo, proporcionará aos Estados e Municípios a possibilidade de imediato acesso aos recursos humanos, imóveis e equipamentos indispensáveis à continuidade dos serviços transferidos.

Promulgado antes dessa reforma constitucional, o marco regulatório então existente, a Lei 8.630/1993, nada falava sobre a atuação de entes subnacionais no setor portuário – limitava-se a tratar da exploração direta ou indireta (concessão, arrendamento ou autorização).

Isso não significa, contudo, que o setor houvesse aguardado a EC 19/1998 para permitir a inserção dos Estados e Municípios na gestão portuária. Em outras palavras, descentralização administrativa do setor portuário, tendo como referência a atuação de entes subnacionais, teve início antes mesmo de a ordem constitucional atual vir a prever essa “gestão associada”.

E isso se deu por três formas principais, objeto dos subtópicos adiante.

3.1.1 Sobrevida dos Contratos de Concessão Interfederativa de 1917-33

A primeira delas era pela perpetuação de *alguns* contratos de concessão interfederativa, firmados entre 1917 e 1933, e que sobreviveram ao período de federalização, transcorrido, sobretudo, entre 1963 e 1982. Sem que se tivesse considerado seriamente a situação das *outorgas portuárias interfederativas* face à nova ordem constitucional, algumas dessas concessões foram prorrogadas.

É o caso da prorrogação das *outorgas interfederativas* dos portos de Paranaguá e Antonina, pelo Decreto 98.819/1990:

Considerando que o Decreto no 12 477, de 23 de maio de 1917, autorizou ao Estado do Paraná a construção das obras de melhoramento do Porto de Paranaguá;

Considerando que o Decreto no 22.021, de 27 de outubro de 1932, autorizou a revisão e consolidação dos contratos celebrados com o Governo do Estado do Paraná, relativos à Concessão do Porto de Paranaguá, estipulado o prazo da referida concessão para 60 (sessenta) anos, fixando o seu término em 19 de dezembro de 1992;

Considerando os termos do Decreto no 26.398, de 23 de fevereiro de 1949, que autorizou a novação do Contrato de Concessão do Porto de Paranaguá celebrado com o Estado do Paraná, assim como a concessão do Porto de Antonina ao mesmo Estado; e

Considerando a manifestação do Estado do Paraná pela prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Concessão por mais 10 (dez) anos, permitindo dar prosseguimento ao trabalho que vem sendo desenvolvido no litoral paranaense com reflexos positivos para a economia nacional,

DECRETA:

Art. 1º. O prazo do Contrato de Concessão dos Porto de Paranaguá e Antonina, celebrado com o Estado do Paraná, fica prorrogado por mais 10 (dez) anos, fixando-se o seu término para a data de 19 de dezembro de 2002.

Art. 2º. O Contrato de Concessão devesse ser adequado à legislação em vigor.

Art. 3º. Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.

Dessa forma (ancorando-se na ordem jurídica da nossa primeira República), alguns contratos de concessão interfederativa conseguiram sobrevida na ordem constitucional de 1988. Essa a primeira forma pela qual, mesmo antes da proposta-

geral de descentralização administrativa pela EC 19/1998, alguns entes subnacionais permaneciam atuantes no setor portuário.

3.1.2 Estadualização das concessionárias federais (“Companhias Docas”) via Plano Nacional de Desestatização (PND)

A segunda forma está relacionada à dissolução da Empresa de Portos do Brasil – Portobrás, que ocorreu em 1990 no ensejo do Plano Nacional de Desestatização.³² Bem se viu que, no passado, vários portos antes concedidos a Estados acabaram sendo federalizados – de início pela atuação do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), atendendo à Lei 4.213/1963; e depois pela atuação mais intensa da Portobrás, seguindo as orientações da sua norma de criação, Lei 6.222/1975.

Tendo falhado, em diversos aspectos, o modelo de gestão exclusivamente federal sobre os portos, criou-se o espaço para o retorno de entes subnacionais antes afastados do setor. Não havendo mais amparo legislativo para a realização de novas concessões interfederativas, o mecanismo adotado foi a de estadualização das sociedades concessionárias desses mesmos portos (as denominadas “Companhias Docas”).

O fundamento, além do Plano Nacional de Estatização que estava em curso, era o Decreto-Lei 200/1967, que já previa uma ampla descentralização da administração federal, seja ela uma descentralização interna, às unidades federadas, ou mesmo à iniciativa privada:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

³² Lei 8.029/1990: “Art. 4º É o Poder Executivo autorizado a dissolver ou a privatizar as seguintes entidades da Administração Pública Federal (I) Empresa de Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS,”

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Parece desnecessário apontar que o Decreto-Lei 200/1967 foi editado justamente no momento em que o setor portuário mais se centralizava, e que, a despeito da clareza do comando do seu art. 10, esse dispositivo não impediu – à época e para esse setor, ao menos – que dele se retirassem a atuação de unidades federadas e da iniciativa privada. O que interessa constatar é que é do momento de máxima federalização do setor portuário que se obtém um dos fundamentos para a sua posterior descentralização.

Retomando o argumento: dissolvida a Portobrás, os Estados passaram a poder “herdar” as suas antigas subsidiárias encarregadas da administração portuária (as sociedades federais de economia mista, ou “Companhias Docas”). Isso teve início, de forma transitória, pelo Decreto 99.475/1990:

Art. 1º Fica o Ministério da Infra-Estrutura, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Aquaviários, autorizado a descentralizar às sociedades de economia mista subsidiárias da Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás) em liquidação ou às unidades federadas, mediante convênio e pelo prazo de um ano, a administração dos seguintes portos, hidrovias e eclusas: (...)

Parágrafo único. A autorização prevista neste artigo abrange as atividades de pesquisas hidroviárias, ensino portuário, dragagem e outras correlatas, a cargo da Portobrás, em liquidação.

Mas aquilo que era transitório, acabou sendo consolidado³³ e ampliado pelas próprias atualizações do Programa Nacional de Desestatização. Assim, concessionárias federais responsáveis pela administração portuária foram alienadas a Estados, a exemplo da Companhia Docas do Maranhão, com as disposições da Medida Provisória 2.161-35/2001:

Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a alienar ao Estado do Maranhão a totalidade ou parte das ações ordinárias representativas do capital social da Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR, de propriedade da União, pelo valor patrimonial.

³³ DECRETO No 2.417, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1997

“Art. 1º Fica o Ministério dos Transportes autorizado a prorrogar, até 31 de dezembro de 1999, os atuais convênios de descentralização às companhias docas federais ou às Unidades Federadas, que tratam da execução das atividades de administração dos portos, hidrovias, eclusas e serviços a que se refere o art. 1º do Decreto no 99.475, de 24 de agosto de 1990.”

Assim, seja em caráter transitório ou permanente, várias concessionárias federais foram (re)passadas ao domínio estadual, valendo-se, para tanto, do Plano Nacional de Desestatização e dos preceitos de descentralização administrativa já existentes no texto do Decreto-Lei 200/1967.

3.1.3 Estados e Municípios como Autorizatórias de Terminais Portuários de Uso Privativo (TUP) e de Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte (IP4)

A terceira forma pela qual Estados e Municípios passaram a atuar nas instalações portuárias que a ordem constitucional reservou à União (art. 21, XII, 'f') é por meio de autorizações diversas.

Já se trouxe (3.1, *supra*) e agora se aprofunda a informação de que o marco regulatório-setorial de 1993 reconhecia três instrumentos de outorga portuária: (i.) a concessão, voltada para a posição de “administração portuária” (art. 33); (ii.) o arrendamento, voltado para instalações portuárias situadas dentro da área do porto organizado (art. 4º, I); e a autorização, voltada para, dentre outros, terminais de uso privativo (TUPs) e instalações portuárias públicas de pequeno porte (IP4) (art. 4º, II).

É possível dizer que, na sistemática da Lei 8.630/1993, a autorização foi instrumento residual – destinado àquelas instalações que não estavam diretamente associadas à exploração do porto organizado.

Seja como for, o que se precisa registrar é que, no plano da prática setorial e regulamentar, acabou-se reconhecendo a possibilidade de que Estados e Municípios figurem como autorizatórios de algumas dessas instalações (notadamente TUPs e IP4).³⁴ Vamos a elas.

Quanto à exploração interfederativa de TUPs, figura que vem ganhando grande expressão setorial, temos uma isolada, porém relevante, referência ao caso do TUP de Pecém. Trata-se de um TUP localizado em terreno de domínio útil estadual, situado em área de porto organizado (atribuição federal, portanto – art. 21, XII da CF) sob a

³⁴ Mais ainda, esse modelo (que poderia ser denominado de “*autorização portuária interfederativa*”) tem raízes no histórico setorial já tracejado, notadamente no modelo de concessões portuárias interfederativas do século XX; bem como (ii.) na figura das “instalações portuárias rudimentares” do Decreto-Lei 6.460/1944. (tópicos 2.2 e 2.3, *supra* e respectivamente). Nada disso, portanto, distinto daquilo que largamente já se praticava no setor.

administração da Companhia de Integração Portuária do Ceará – CEARÁPORTOS, uma sociedade de economia mista estadual.³⁵

Quanto à exploração interfederativa de IP4, a referência é menos vinculada à casuística setorial. Está normatizado pela Resolução ANTAQ 1.590/2010 (que teve uma nítida inspiração na figura das “*instalações portuárias rudimentares*” – o art. 1º, § 4º da Resolução replica, palavra a palavra, o art. 2º do Decreto-Lei 6.460/1944):

Art. 1º Esta norma tem por objeto estabelecer critérios e procedimentos para a outorga de autorização para a construção, exploração e ampliação de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte - IP4 (...).

§ 1º A construção, ampliação e a exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte somente será autorizada a estados ou municípios, havendo a possibilidade de transferência da atividade à iniciativa privada, com a prévia autorização da ANTAQ e mediante a realização de processo licitatório.

§ 2º A autorizada municipal ou estadual poderá constituir uma empresa pública, na forma factível pela legislação vigente, para atuar como interveniente na exploração da IP4.

§ 3º Não será autorizada a construção de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte em área de porto organizado.

§ 4º Ainda que exploradas por estados ou municípios, as instalações portuárias públicas de pequeno porte são consideradas instalações federais.

§ 5º As áreas e instalações de IP4 serão sempre de uso público.

Em suma, portanto, tem-se o registro de três formas de atuação de entes nacionais no setor portuário no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. São elas *(i.)* a sobrevida de alguns contratos de concessão interfederativa do período de 1917-33; *(ii.)* a estadualização de algumas antigas concessionárias federais, com base nos mecanismos do Plano Nacional de Desestatização e do Decreto-Lei 200/1967; e, por fim, *(iii.)* o surgimento, alheio à ordem legislativa vigente – que não as previu, de “*autorizações portuárias interfederativas*”, sobretudo para TUPs e IP4.

³⁵ Vide Contrato de Adesão MT/DP 097/2001, celebrado entre União e Estado do Ceará para exploração do TUP, disponível em <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/ContratoAdesao/CA97.pdf>, bem como o Processo Administrativo do Ministério de Transportes de nº 50000.002233/99-83, que o deu origem.

Esses *contratos interfederativos* do início do século XX, bem como as *autorizações interfederativas* do início do século XXI, podem ser agrupados sob o mesmo signo geral das **outorgas portuárias interfederativas**. E carecem todos das mesmas fragilidades que antes já se constatou: são realizadas à revelia de qualquer previsão legislativa que possa pretender prever ou disciplinar essa prática, assim como são realizados por meio de instrumentos (contratos de concessão e termos de autorização) forjados para a contratação de particulares, e não de entes federados.

Essas fragilidades são, *mutatis mutantis*, as mesmas que se têm para as sociedades estaduais ou municipais (quando não entidades autárquicas ou departamentos estaduais) investidas na posição de “administração portuária”, e, portanto, incumbidas da gestão de uma competência reservada à União. Porém, o mais importante é constatar que ainda se carece, também aqui, de um marco legislativo direcionado a regular e operacionalizar, de forma não-casuística, a figura dessas “Companhias Docas” estaduais e municipais.

Com o advento da EC 19/1998, e da sua regulação legislativa para o setor portuário (Lei 9.277/1996 e Decreto 2.184/1988), os poucos *contratos de concessão interfederativa* foram dados por extintos. A União passou a firmar diversos convênios de delegação portuária com Estados e Municípios e, nesse processo, foram aproveitadas as Companhias Docas e outras entidades subnacionais encarregadas da administração e exploração portuária. As *autorizações interfederativas*, notadamente de TUPs e IP4, por sua vez, convivem com o novo modelo sem, contudo, relacionar-se com ele.

Em outras palavras, dois são os modelos que, para o setor portuário, vigem após a reforma constitucional de 1998: o modelo da “delegação portuária”, calcada em convênios de cooperação; e o modelo das “autorizações interfederativas”. Para se chegar a isso, e mesmo compreender bem os seus efeitos, é preciso retornar ao art. 241 da Constituição Federal.

3.2 Compreensão Adequada do Sentido e Alcance do art. 241 da CF

3.2.1 Duas situações, dois instrumentos: gestão associada por meio de consórcios públicos e transferência de serviços por meio de convênios de cooperação

Para prosseguir na análise, é fundamental buscar-se a devida compreensão do dispositivo que fixou o paradigma da cooperação federativa para bens e atividades reservados aos distintos entes públicos – o art. 241 da Carta.

Vamos à sua redação, destacando alguns elementos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a **gestão associada** de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos **serviços transferidos**.

Muito fácil pode ser a confusão entre os dois instrumentos (consórcios públicos e convênios de cooperação) e as situações jurídicas que são os seus respectivos objetos (gestão associada e transferência de serviços).

Para comprovar a existência de distinções e paralelismos entre esses instrumentos e situações jurídicas, basta voltar à redação e formato originais desse mesmo dispositivo, no texto que fora originalmente proposto:

Art, 247. Para o fim de Implementar de modo coordenado funções e serviços, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer entre si:

I – **consórcios públicos para a gestão associada** de um ou mais serviços, inclusive mediante a Instituição de órgãos e entidades intergovernamentais;

II – convênios de cooperação para execução de suas leis, serviços ou funções;

III – **convênios** para transferência total ou parcial de encargos e serviços, estabelecendo a lei complementar critérios para incorporação, remuneração ou cessão de pessoal, bens e instalações essenciais à continuidade dos **serviços transferidos**.

O ponto é: o art. 241 buscou delimitar duas situações jurídicas bastante distintas, cada qual com seu respectivo instrumento: a **gestão associada**, algo que se realiza por meio de *consórcios públicos*; e a **transferência de serviço**, algo que se realiza por meio de *convênios de cooperação*.

Nesse sentido, a opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Os consórcios públicos referidos no artigo 241 da Constituição devem ser distinguidos dos convênios pois se prestam a finalidades distintas destes. (NETO, 2005, p. 79)

Por óbvio que “associar-se” é operação distinta de “transferir”, de forma que, na gestão associada (objeto do consórcio público) dois ou mais entes federativos situam-se em uma posição mais próxima da recíproca igualdade que aquela posição que experimentam em uma transferência de serviço (objeto do convênio de cooperação). Além disso, a operação de transferência de um serviço pressupõe que a competência sobre ele não seja concorrente.

Ademais, seria também ilógico supor que a gestão associada se voltasse para o rol de competências administrativas concorrentes constantes dos incisos do art. 23 da Constituição Federal.³⁶ Isso não apenas porque não fazem referência ao que classicamente se denota por “serviços públicos”, mas também porque é o próprio art. 23, no seu parágrafo único, que estabelece os moldes da cooperação federativa para essas situações.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os

³⁶ São eles: (I) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (II) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (III) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (IV) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; (V) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; (VI) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (VII) preservar as florestas, a fauna e a flora; (VIII) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; (IX) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (X) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; (XI) registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; (XII) estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Pois bem, gestão associada e transferência de serviços não são situações jurídicas aplicáveis às competências administrativas concorrentes, mas apenas àquelas competências que se reputam próprias de um ente.

De momento, apenas guarde-se essa relação entre o art. 241 e as competências administrativas exclusivas e privativas (as próprias de um ente), que, mais à frente (subtópico 3.2.2), o argumento será retomado e aprofundado. Avancemos na distinção das situações e instrumentos.

A transferência de serviços pode ir desde algo simplório, como a transferência de pessoal empregado nos serviços, até algo mais audacioso, como a transferência total de encargos, serviços, pessoal e bens. No meio desse leque está um modelo que, transferindo apenas aquilo que fosse relacionado à *execução* da atividade, na prática, se aproximaria de uma outorga interfederativa. Tomando esse paralelo, e apelando para o sentido usual do termo, é possível afirmar que a *transferência de serviço* do art. 241 denota a retirada de um ente, titular, em favor de outro, não titular, na parcela daquilo (encargos, serviços, pessoal e bens) que se convencionou transferir.

Quanto à aplicação ou utilidade dessa transferência de serviços, teríamos duas situações. Em primeiro lugar, pode-se considerá-la o instrumento hábil ou necessário para que se transfira, ao consórcio público veiculador de gestão associada, todos os encargos, bens, pessoal e serviços que se queira a ele destinar. Isso, porém, não parece procedente: os consórcios públicos, como será visto, são instrumentos dotados de personalidade jurídica de direito público, compostos por entes titulares e não titulares da competência material descentralizada. Essas características o tornam, por si só, instrumento suficiente para realizar essas transferências.

Em segundo lugar, essa figura seria o instrumento hábil a mediar a transição de serviços, isto é, o processo de redefinição de encargos e responsabilidades entre entes federados, naquelas situações em que a um deles a Constituição reservou a titularidade de um serviço que, na prática, está sendo efetivamente exercida por outro.

Resgatando passagem da Exposição de Motivos da PEC 173/1995:

O dispositivo agilizará, através da remoção de empecilhos legais, o processo da redefinição de encargos e responsabilidades entre as esferas federal, estadual e municipal.

Um bom exemplo de competência pública nessa situação é a competência sobre os serviços e instalações de iluminação pública, uma atribuição municipal (responsabilidade direta das Prefeituras) que vem sendo exercida por distribuidoras federais e estaduais de energia elétrica. A figura da transferência de serviços (dos Municípios para a União) poderia servir aqui para a regularização, ainda que transitória, dessa configuração.³⁷

A gestão associada de serviços, por sua vez e desde a concepção do modelo italiano que lhe serviu de inspiração,³⁸ trata essencialmente da conjugação de esforços entre dois entes – algo que, como logo veremos, se dá pela constituição de um consórcio público (figura com personalidade jurídica e atuante em regime de direito

³⁷ Para um exemplo de proposta de aplicação prática da transferência de serviços, por meio de convênios de cooperação, ver o nosso texto, publicado em coautoria, “**A busca por uma resposta para o embate sobre o serviço de iluminação pública**”, de onde transcrevemos:

“(...)Por essa razão é que enfatizamos o nosso ponto: não pode hoje o judiciário, em socorro aos municípios, deixar de ler o que traz o art. 30, V da Constituição Federal e decidir pela manutenção dos ativos de iluminação pública na mão de concessionárias federais. Chegada a hora de analisar o mérito, a disposição da Aneel voltará a vigor, e os municípios não terão outra escolha senão acolher e administrar os ativos de iluminação pública. (...) O atual art. 241 é quem carrega uma solução provisória do embate, ao autorizar a celebração de convênios de cooperação entre entes federados para a “transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Com esse dispositivo em especial, e a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional correspondente (PEC 173/1995) já deixava claro, pretendia-se, por exemplo, facultar, ao ente federado a quem se passou a atribuir uma competência, o imediato acesso a tudo aquilo que fosse indispensável à continuidade do serviço assumido. (...) Com a celebração do contrato de programa, os municípios assumiriam a responsabilidade sobre o serviço de iluminação pública, e passariam a formalmente exercer os poderes de planejamento, regulação e fiscalização do serviço. Ao mesmo tempo, a União, ou mesmo as suas concessionárias de distribuição, diretamente, podem se tornar contratualmente encarregadas pelas prestações materiais que integram o serviço local de iluminação pública.”

³⁸ A lição, uma vez mais, é do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto:

“A gestão associada de serviços públicos é conceito que provém da doutrina e da prática italiana (*gestione associata di servizi pubblici*). Naquele país, o costume de associação entre comunidades locais, regionais e nacionais com o **objetivo de conjugação de esforços** para a prestação de serviço público – de indubitável interesse de todos os entes, uma vez que de interesse geral – existe desde há muito. (NETO, 2005, p. 67 e 68)

público, como veremos). Ou seja, na gestão associada não há, como na transferência de serviços, a retirada consentida do ente titular.

Nas palavras do professor Floriano de Azevedo Marques Neto:

Porém, nos caso dos consórcios públicos, o que ocorre não é uma transferência de competências materiais entre os entes consorciados, mas apenas a alocação conjunta de competências num ente que há de ser necessariamente integrado pelo detentor original da competência material. Ocorre, então, menos que uma delegação, mas um compartilhamento na medida em que a constituição de um consórcio público acaba por operar uma soma, uma associação de atribuições e meios para melhor exercício destas competências. (NETO, 2005, p. 83)

Tanto quanto a transferência de serviços, a gestão associada também não se confunde com as formas de *outorga interfederativas*. A gestão associada alude a algo que é “*muito mais amplo, inerente à titularidade do serviço*”:

No artigo 241, o texto alude apenas à gestão de serviços públicos genericamente considerados. E cuida-se não de exploração ou prestação (o que permitiria pensar naqueles serviços públicos espécie de atividade econômica) e, sim, de gestão (algo muito mais amplo, inerente à titularidade do serviço).

Trata-se do desempenho de funções e serviços por meio da associação entre diferentes entes federativo. Ela pressupõe que mais de um ente federativo se envolva na prestação de um serviço público, ainda que alguns dos entes envolvidos não sejam propriamente titulares do serviço. (NETO, 2005, p. 67 e 68)

Logo chegaremos (subtópico 3.2.2) à discussão do que vem a ser esse núcleo “inerente à titularidade do serviço” objeto de possível gestão associada, via art. 241. Por ora, é preciso distinguir os instrumentos por ele criados: os consórcios públicos e os convênios de cooperação.

Os convênios, a rigor, nada mais são do que espécies de contratos:

“Vários argumentos em ressalva a tais diferenças (entre contrato e convênio) poderiam ser expostos. Serão mencionados somente alguns. Quanto aos interesses, a presença do poder público num dos pólos levaria a raciocinar que o interesse público necessariamente será o fim visado pelos convênios e contratos administrativos; por outro lado, no caso de convênios celebrados com particulares poder-se-ia argumentar que este não atua com fim de interesse público, havendo, então, interesses contrapostos; por um e outro raciocínio, não se fixa a distinção. E ainda: nas situações de contratos e

convênios entre entidades estatais nem sempre é clara a separação entre as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum. (...) Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar contratos de convênios. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos; por exemplo: num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para atingimento do resultado. (...) A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual; a característica dos convênios e consórcios está na sua especificidade por envolver duas ou mais entidades estatais ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado.” (MEDAUAR, 2000, p. 272),

O mesmo sendo válido para os consórcios públicos:

Reforça meu entendimento o fato de que, em se tratando dos consórcios públicos referidos no artigo 241 da CF, há previsão de transferência de bens, pessoal, serviços e encargos como uma faculdade garantida aos entes federados no seu livre exercício da autonomia para organizar seus serviços e cumprir suas obrigações. Não vejo como a estipulação dessas transferências realizadas em torno de um objetivo comum não tenha caráter contratual, com estipulação de obrigações recíprocas e com a exigência de manifestação de vontade expressa por todos os entes consorciados. São em verdade os consórcios (sic) tipos de parcerias (digamos parcerias público – público) e tal como as PPP assumem natureza contratual.

Os consórcios públicos têm natureza contratual, ainda que sua constituição demande também a prática de outros atos entre os quais a manifestação legislativa ratificadora. Inobstante, é patente o caráter negocial, de estipulação de obrigações recíprocas que a constituição destes entes consorciais envolve. (NETO, 2005, p. 38 e 79)

Assim, portanto, consórcios públicos e convênios de cooperação têm, em comum, o traço da contratualidade: são instrumentos que decorrem da autonomia e vontade dos entes federados (no caso, entes federados).

A distinção que se pode travar entre os dois, por outro lado, é que os consórcios públicos são figuras dotadas de personalidade jurídica, atuantes, por óbvio, em regime jurídico de direito público. De outra forma não poderia ser, especialmente porque os consórcios públicos se prestam a veicular elementos “*inerentes à titularidade do serviço*”, objeto da gestão associada.

Debruçando-se sobre esse mesmo assunto, é o entendimento dos professores Marçal Justen Filho e Floriano Marques de Azevedo Neto:

Não é possível identificar diferenças entre um convênio, tal como largamente conhecido e praticado no Direito Administrativo, e um consórcio público despersonalizado. Logo, a regra constitucional que aludiu à figura do consórcio público como uma figura própria e diferenciada perderia sua utilidade na medida em que não houvesse personificação da figura. (FILHO, 2005, p. 24)

A meu ver o artigo 241 não deixa dúvidas de que os consórcios ali previstos devem assumir personalidade jurídica (pois ele será o instrumento para atuação consorciada dos entes consorciados com vistas à realização de seus interesses convergentes). E essa personificação jurídica há de se dar sob o regime público não só pela adstrição à designação expressa constante do texto constitucional, mas também porque estes consórcios poderão receber a atribuição de gestão de serviços públicos em sentido amplo (ou seja, função pública) e não apenas de serviços públicos de natureza econômica. Isso a meu ver afasta a possibilidade de que estes consórcios assumam a configuração de pessoas jurídicas de direito privado. (NETO, 2005, p. 80)

Em resumo dessa parte, temos que o art. 241 da Constituição Federal regula duas situações distintas: *gestão associada*, viabilizada por meio de consórcios públicos; e *transferência de serviço*, viabilizada por meio de convênios de cooperação – ambas relacionadas a competências exclusivas ou privativas dos entes federados, e distintas da outorga interfederativa.

A gestão associada trata da conjugação de esforços entre dois entes para o exercício de funções “*inerentes à titularidade do serviço*”, razão pela qual o consórcio público para ela firmado adquire personalidade jurídica de direito público. A transferência de serviços, por sua vez, trata da retirada consentida de um ente federado, em favor de outro, que assume parte ou totalidade dos seus “encargos, serviços, pessoal e bens”; além disso, o seu instrumento (convênio de cooperação) não tem personalidade jurídica, o seu caráter é estritamente contratual.

3.2.3 Compreensão Apurada da Reserva de Competências em Favor de um Determinado Ente (leitura integrada dos art. 21 e 241 da Carta)

Já se disse que a Constituição atual, sobretudo nos seus art. 21 a 25 e 30, estabeleceu uma repartição federativa de competências. Essas competências, bem se sabe, podem ser classificadas entre exclusivas (caso em que apenas o ente titular

atua), privativas (caso em que pode-se reconhecer atuação suplementar de entes não-titulares)³⁹ ou concorrentes (caso em que mais de um ente é titular).

Assim poderiam ser organizadas as competências analisadas pelo professor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, em estudo dedicado ao assunto (RODRIGUES, 2007):

Tabela 4 – Distribuição Federativa de Competências na Constituição de 1988

Distribuição de Competências na Constituição de 1988						
	Exclusiva (indelegável)		Privativa (delegável)		Concorrente	
	Legislativa	Administr.	Legislativa	Administr.	Legislativa	Administr.
União	Art. 48 a 52	Art. 21 e 184	Art. 22		Art. 24	Art. 23, 225 e 215
Estados***		Art. 25, § 2º				
Municípios	Art. 30, I	Art. 30, V				
*** As competências estaduais, legislativas ou administrativas, são residuais (art. 25, § 1º)						

A competência sobre o setor portuário está contida no art. 21, XII, “f”. É, portanto, uma competência administrativa exclusiva da União, significando dizer que apenas ela (União), e nenhum outro ente administrativo poderia atuar nesse setor, sob a pena de se desvirtuar a partilha de competências.

As únicas formas que tradicionalmente se aceitariam para atuação de entes subnacionais no setor portuário seriam aquelas mesmas que se facultam aos particulares (concessão, permissão ou autorização). Isto é, seriam formas pelas quais os entes federados alcançariam, no máximo, a possibilidade de atuar na execução do serviço. Não podem, portanto, exercer funções administrativas tipicamente detidas pelo titular da competência.

Esse limite é bastante claro para a teoria administrativista:

Não teria sentido supor que a Constituição Federal tivesse promovido a rígida repartição de competências entre os entes da Federação para depois admitir que lhes fosse dada livre destinação por “vontade” de seus titulares. Nessa hipótese, a definição de competências deslocar-se-ia do texto constitucional para a “vontade” dos entes federativos. O princípio federativo, portanto, repousa no equilíbrio entre colaboração

³⁹ Muitas das vezes a doutrina adota a nomenclatura “delegável” / “indelegável” para denotar a possibilidade ou não de atuação suplementar de entes federados não titulares.

mútua dos entes federados e impossibilidade de renúncia ou delegação de suas competências próprias. (NETO, 2004, p. 13)

A gestão associada, por outro lado, se presta ao exercício conjunto de “*funções inerentes à titularidade do serviço*” – e aqui o efeito do art. 241, em uma leitura sistemática com o art. 21, XII, ‘f’: ele permite ampliar sobremaneira o alcance da atuação de Estados e Municípios no setor portuário, algo que não se alcança por meio de outorgas interfederativas, e também não se alcança no modelo vigente de convênios de delegação.

Mais especificamente, ele permite que Estados e Municípios passem a exercer funções tipicamente associadas à figura do poder concedente, titular, tais quais as prerrogativas de outorga, planejamento, regulação e fiscalização. E isso também pacífico para nossa teoria constitucional:

A transferência ou delegação total ou parcial dos poderes de planejamento, regulação ou fiscalização é possível, quando não se tratar de serviços de competência comum, pois se forem serviços de competência comum poderá ocorrer a execução conjunta sem que se configure transferência ou delegação. (DALLARI, 2005, p. 16)

Dessa forma, portanto, o art. 241 da Constituição Federal amplia o alcance daquilo que se transfere aos Estados e Municípios, em uma eventual gestão associada dos serviços portuários. Permite, em abstrato, que a União lhes confie funções tão amplas quanto as de outorga, planejamento, regulação e fiscalização, todos tipicamente associados à figura do poder concedente.

Esse arranjo federativo, contudo, também não transcorre sem obedecer alguns limites que decorrem da nossa própria Constituição. O primeiro desses limites é o de que, salvo a possibilidade de se entender essas funções como “encargos”, o arranjo federativo só pode tomar a forma de um consórcio público. Com isso concorda Benedicto Porto Neto:

Em conclusão deste ponto, apenas os consórcios podem assumir a gestão associada *plena* de serviços, isto é, a competência para *regular e fiscalizar os serviços* que lhe são atribuídos. A razão da limitação, contudo, não é decisão do legislador, mas encontra seu fundamento diretamente no texto constitucional. (NETO, 2004, p. 47)

Outros dois limites intransponíveis são ainda elencados por Marçal Justen Filho (FILHO, 2005, p. 27). Não se admite (i.) a transferência de competências políticas, isto

é, os poderes que lhe dão identidade como participante da federação (poderes de natureza legislativa, jurisdicional, e de avaliação e defesa dos interesses fundamentais confiados ao ente federado); (ii.) a renúncia ou a transferência definitiva de competências, que equivaleria à frustração da estrutura federativa imposta constitucionalmente.

Significa dizer, de outra forma: diante do art. 241, tal qual inserido na Carta pela EC 19/1998, as funções administrativas tipicamente relacionadas à figura do poder concedente não mais são necessariamente exercidas por aquele em favor de quem a Constituição reservou a competência. É admitido o seu exercício pleno por outros entes federados, porém de forma integralmente sujeita ao assentimento e condições impostas pelo titular.

Por essa razão, a distribuição de competências realizada, sobretudo, pelos art. 21 a 25 e 30 da Constituição não denotam, de forma naturalizada, o ente que está efetivamente incumbido do exercício das funções administrativas correlatas àquilo que se reservou. Essa distribuição denota uma noção mais específica, a qual seja: a questão da titularidade, à luz do art. 241, indica apenas qual é o ente federado com a prerrogativa de instituir os moldes para o exercício de suas funções administrativas por outros entes da Federação.

Mas entenda-se: a decisão de consorciar-se ou de desconsorciar-se é algo que está diretamente associado à noção de autonomia político-administrativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tal como disposta no art. 18 da Constituição de 1988. Ela assegura que as relações de colaboração sejam mantidas entre iguais, não havendo hierarquia ou subordinação entre entes titulares e não-titulares. Portanto, um membro não-titular jamais poderá alegar, em desfavor do titular, a existência de alguma pretensão jurídica capaz de forçar a gestão associada: apenas o ente titular pode alegar exercício das funções administrativas em nome próprio, estando condicionado, dessa maneira, apenas à sua própria conveniência e oportunidade e aos limites impostos pela ordem constitucional.

3.3 Os Convênios de Delegação Portuária no Regime da Lei 9.277/1996

No ano de 1996 sobreveio legislação disciplinando a “delegação” da exploração de portos organizados (federais) a entes subnacionais, algo que se realiza mediante a assinatura, entre os entes envolvidos, de “convênio”.

O regime jurídico dessa delegação interfederativa é o delimitado pela Lei 9.277/1996 e Decreto 2.184/1997, o seu regulamento. Pelas disposições legais, autorizava-se a delegação da exploração de portos (art. 2º): (I) subordinados a empresas federais (i.e., portos explorados por “Companhias Docas” federais); (II) que sejam instalações portuárias rudimentares (i.e., autorizadas no regime do Decreto-Lei 6.460/1944); (III) já delegados ou concedidos a Estados ou Municípios (i.e., já confiados a esses entes conforme o modelo das outorgas portuárias interfederativas).

Em outras palavras, a delegação da Lei 9.277/1996 veio em substituição às diversas situações de atuação estadual ou municipal no setor portuário, unificando-as, agora, sob um mesmo título. No contexto propriamente setorial, portanto, não representou exatamente uma inovação, mas apenas uma consolidação/racionalização de situações bem tradicionais.

A sua diferença fundamental consistia em se tratar de um diploma de estatura legal dedicado a disciplinar, horizontalmente, essa vasta gama de situações de atuação subnacional no setor portuário. Reduziu-se o casuísmo e a fragilidade dessas outorgas ao se disciplinar, em legislação federal, elementos e obrigações essenciais a todos os convênios de delegação.

O art. 3º do Decreto 2.184/1997, por exemplo, assim disciplina:

Art. 3º O convênio de delegação, cujas cláusulas essenciais serão aprovadas pelo delegante, deverá conter, entre outras, as seguintes obrigações a serem assumidas pelo delegatário:

I - dar prosseguimento à política de privatização da operação portuária e de arrendamento de áreas e instalações fixadas pelo Governo Federal;

II - promover melhoramentos e a modernização do porto;

III - cumprir metas de aperfeiçoamento do desempenho operacional e de redução de custos;

IV - responsabilizar-se pela conservação dos bens do porto constantes de inventário realizado pelo delegante;

Além dessas obrigações – que direcionam e condicionam a exploração de portos, mediante convênio de delegação, por Estados e Municípios –, uma outra obrigação, comum a todos os portos delegados, é exigido pelo Decreto. Trata-se da obrigação de que o ente delegatário venha a constituir uma criatura sua, entidade de administração pública indireta, que irá fazer as vezes de Autoridade (Administração) Portuária – algo previsto pelo art. 4º:

Art. 4º O delegatário se obriga a desempenhar exclusivamente as atribuições de autoridade portuária, devendo constituir entidade de administração indireta, estadual ou municipal, específica para esta finalidade.

Em princípio, portanto, o regulamento engessa ou veda a possibilidade de que o ente delegatário venha a conceder, a um particular, o porto organizado. A redação original do dispositivo, antes de sofrer reforma pelo Decreto 2.247/1997,⁴⁰ poderia ser tida como mais permissiva, ao exigir a criação de autarquia voltada ao exercício da função autoridade portuária (como se distinguindo as funções de autoridade de administração portuária, e permitindo, assim, a concessão da administração do porto aos particulares).

Essas disposições, contudo, dizem respeito apenas ao Decreto. E, embora sejam de simples compreensão, são juridicamente frágeis, sobretudo porque parecem inovar ou se contraporem a questões instituídas pela Lei 9.277/96.

Assim, por exemplo, as situações de instalações portuárias delegáveis, segundo o regime do Decreto, são mais restritas na disciplina legal, que nada falou sobre instalações rudimentares ou portos já concedidos a esses entes:

Art. 2º Fica a União igualmente autorizada, nos termos desta Lei, a delegar a exploração de portos sob sua responsabilidade ou sob a responsabilidade das empresas por ela direta ou indiretamente

⁴⁰ “Art. 4º O delegatário fica obrigado a desempenhar a atividade de autoridade portuária, podendo constituir autarquia, estadual ou municipal, específica para essa finalidade.”

controladas.

Da mesma forma, a exigência do Decreto de constituição de uma Companhia Doca estadual ou municipal (art. 4º) incompatibiliza-se com a previsão do art. 4º da Lei, que autoriza o ente delegatário a conceder o porto à iniciativa privada (situação em que a Companhia Doca criada ficaria inoperante):

Art. 4º Para a consecução dos objetivos indicados nesta Lei, poderá o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via ou o porto diretamente ou através de concessão, nos termos das leis federais que regem as concessões e da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

Superadas ou superáveis essas incongruências do regime jurídico, há um ponto que, seja na Lei, seja no Decreto, é incontestável: os convênios de delegação portuária se prestam tão somente à transferir a exploração dos portos federais por entes subnacionais; nada tratam ou pretendem tratar sobre o eventual exercício, pelos delegatários, de funções administrativas “inerentes à titularidade do serviço”, tais como as de regulação e fiscalização.

Significa dizer: o marco instituído pela Lei 9.277/1996 e Decreto 2.184/1997, ainda que se preste à descentralização do setor portuário, não configura modalidade de gestão associada ou de transferência de serviços. Tanto é verdade, que tudo que esses diplomas instituíram e regulamentaram foi instituído antes da edição da EC 19/1998, que inseriu o atual art. 241.⁴¹

Entre o modelo dos convênios de delegação (Lei 9.277/1996) e o modelo dos convênios de cooperação ou consórcios públicos (art. 241 da Constituição), há um enorme potencial de efetiva descentralização e cooperação federativa a ser explorado. Isso tanto para o setor portuário, como para outros setores de titularidade exclusiva ou privativa da União, Estados ou Municípios. E, por essa razão, o modelo dessa legislação não pode ser associado ou confundido com o paradigma cooperativo instituído pelo art. 241.

⁴¹ É o que denota a fórmula-geral estipulada pelo art. 2º da Lei 9.277/1996 (já transcrito), ou mesmo a restrição veiculada pelo art. 6º dessa mesma norma:

Art. 6º No exercício da delegação a que se refere esta Lei, o Município, o Estado da Federação ou o Distrito Federal **observarão os limites da competência da União**.

O paradigma dessa Lei e desse Decreto é aquele subscrito à lógica e aos limites que, para o setor portuário, vem inscrito na própria compreensão clássica do sentido e alcance do art. 21, XII, 'f' da Constituição Federal.

Isso não é exclusividade do setor portuário, e nem inovação pós-88 (muito menos pós-EC 19/1998), como relata Benedicto Porto Neto:

Diversos Estados da Federação, por meio de empresas estatais que integram sua Administração Indireta, através de convênios e contratos de concessão, assumiram a implantação, prestação e expansão dos serviços de saneamento em Municípios, exercendo competência municipal, com incentivo do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA.

A noção de concessão, inicialmente atrelada à idéia de transferência de serviços para *particulares*, evoluiu para admitir a outorga dos serviços também para *pessoas estatais*.

Sendo admitida a outorga da prestação de serviços públicos para particulares em regime de concessão, com mais e superiores razões deve ser comportada a transferência de sua prestação, *no mesmo regime*, para entes estatais, que não a assumem por interesses econômicos que pudessem ter, mas sim por força de seu dever constitucional de colaboração e até na qualidade de interessados no sucesso das atividades assumidas. (NETO, 2004, p. 12, 14 e 15, respectivamente)

Porém, e a despeito dessas nítidas limitações do modelo das delegações promovidas por essa lei, vários convênios de delegação portuária foram sendo firmados com entes federados, como se depreende da tabela seguinte:

Tabela 5 – Relação de Alguns Convênios de Delegação Portuária

Convênios de Delegação Portuária Obtidos		
Ente Delegatário	Portos Delegados	Convênio de Delegação
Pernambuco	Suape	Convênio S/N/92-DNTA
Rio Grande do Sul	Porto Alegre, Pelotas, Rio Grande e Cachoeira do Sul	Convênio 01/97-MT
Amazonas	Porto de Manaus e portos fluviais integrantes de sua estrutura, localizados nos municípios de Itacoatiara, Tabatinga, Coari e Parintins	Convênio 07/97
Itajaí (Município)	Itajaí	Convênio 08/97-MT

Paraíba	Cabedelo	Convênio 09/97-MT
Arraial do Cabo (Município)	Porto de Forno	Convênio 01/99-MT
Maranhão	Porto de Itaqui, cais de São José de Ribamar, terminais de ferry-boat da Ponta da Espera e do Cujupe	Convênio 016/00-MT
Pernambuco	Recife	Convênio 002/01-MT
Paraná	Paranaguá e Antonina	Convênio 037/01-MT
São Paulo	São Sebastião	Convênio S/N/07-SEP

As disposições desses convênios muito se aproximavam daquelas outrora pactuadas sob a forma de contratos de concessão interfederativa. Eram comuns nesses diplomas, além daquelas exigidas pela Lei e pelo Decreto, cláusulas especificando (i.) que o objeto engloba apenas a “exploração comercial” dos portos delegados; (ii.) a obrigação de que o delegatário encaminhe à União a estatísticas diversas e a contabilidade do porto; (iii.) a sua submissão a um regime tarifário da União, (iv.) a necessidade de aprovação do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (plano diretor, ou “business plan” do porto) pela União; dentre outras.

Ou seja, tudo que um ente delegatário pode fazer submete-se à conveniência e oportunidade da União, que mantém próximas de si, nesse modelo da Lei 9.277/1996, todas as funções administrativas “inerentes à titularidade do serviço”. Muito mais autonomia administrativa poderia confiar-se aos Estados e Municípios se, no lugar dessa Lei de 1996, usasse-se a Lei 11.107/05, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

No lugar de um convênio de delegação contendo obrigações como a de cumprir metas de aperfeiçoamento do desempenho operacional (art. 3º, II do Decreto 2.184/1997), ou de responsabilizar-se pela conservação dos bens do porto (art. 3º, III, idem), Estados e Municípios poderiam contratar com a União, e para o consórcio, a prerrogativa de exercício descentralizado de funções administrativas como a de planejamento, regulação e fiscalização.

Tudo isso passaria a ser exercido não mais sob os ditames exclusivos da União, mas de forma compartilhada pela União e entes subnacionais, através de uma figura, o consórcio público, que passaria a ser integrante da administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, § 1º da Lei 11.107/2005). Não

fosse isso o bastante, o art. 4º, XI dessa mesma Lei 11.107/2005 ainda desengessaria pontos importantes e controversos no regime de delegação portuária da Lei 9.277/1996:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam (XI) a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

- a) **as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;**
- b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
- c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
- d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

Em resumo, portanto, o marco setorial para a descentralização federativa dos portos (Lei 9.277/1996), largamente adotado, traz consigo a mesma lógica de outorgas interfederativas que, com sutis modificações, se pratica desde 1917. O que poderia ser considerado o seu avanço (a existência de uma previsão e orientação legislativas sobre a prática) acaba sendo descompensado por incongruências existentes entre essa Lei e o Decreto que a regulamenta.

Por outro lado, permanece em aberto, para o setor portuário, a possibilidade de explorar o potencial regulatório inaugurado, em 1998, pelo novo art. 241 da Constituição Federal. Isso sobretudo diante da perspectiva de exercício compartilhado entre União, Estados e Municípios das funções administrativas de planejamento, regulação e fiscalização setoriais – algo que se permite através da constituição de um consórcio público dedicado à gestão associada do setor, ou de fragmentos geográficos do setor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO

Logo no início da década de 80, a “*U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations*” propôs uma cartilha de análise e reforma do federalismo regulatório (*regulatory federalism*) nos Estados Unidos.

Tal cartilha era oportuna e necessária diante do aprofundamento por que passavam as relações intergovernamentais naquele país – sobretudo pela emergência de diversos programas regulatórios voltados ou implementados por entes subnacionais. À época, cabia a essa Comissão, dedicada a promover a atuação harmônica, cooperativa e eficiente entre os entes federados, a tarefa de elaborar uma agenda de reforma.

E, inobstante a cartilha tenha ultrapassado os 30 anos, muitas das suas recomendações ainda servem para instigar, *mutatis mutantis*, reflexões sobre o ainda centralista modelo brasileiro, e formatos que pode adquirir.

O tipo-básico do qual se parte é, naturalmente, o do *federalismo cooperativo* estadunidense (tópico 1.1, *supra*). As linhas gerais da cartilha recomendavam, grosso modo que a atuação federal fosse subsidiária à estadual, restrita a estabelecer quais “amplios objetivos nacionais” deveriam ser buscados, ao passo em que os Estados ficavam com a responsabilidade primária para desenvolver os sistemas de implementação dessas políticas (HAWKINS e HOWARD, 1983, p. 41).

Tanto quanto possível, os órgãos e regulações federais deveriam prever a possibilidade de que Estados adotem meios alternativos de regulação - isto é, aos Estados deveria ser reconhecida uma “*máxima flexibilidade*” para realizar os preceitos federais, conforme eventuais especificidades regionais (HAWKINS e HOWARD, 1983, p. 50):

To this end, such programs must utilize regulations allowing states considerable flexibility in selecting among alternative effective and appropriate means for achieving national goals, in light of regional differences among the states and particular conditions unique to each state.

Porém, não apenas a atuação federal deveria ser limitada, como também os Estados detinham um papel “co-regulatório” na propositura, elaboração e

implementação dos “amplos objetivos nacionais”.⁴² Dessa maneira, era proposto um sistema de coordenação entre as esferas federais e estaduais, operacionalizado pelas seguintes estratégias (HAWKINS e HOWARD, 1983, p. 41 e 42):

- Participação dos Estados nos primeiros estágios de desenvolvimento das regulações e standards intergovernamentais, sendo reconhecida a autoridade da esfera federal no caso de divergências;
- Elaboração de cronogramas realistas para que os Estados consigam desenvolver e implementar as suas estratégias e passem a realizar, ainda que parcialmente, os objetivos globais; ao mesmo tempo em que se avança na definição de financiamentos federais para a assistência de custos aos Estados.

Entre nós, experiências como as defendidas por essa cartilha podem instigar reflexões sobre a conveniência e oportunidade de se manter centralizado ou, ao revés, descentralizar bens e atividades que estão constitucionalmente reservados ao ente federado central: a União.

Para diversos setores regulados (mas, mais especificamente ainda para setor portuário, que foi aqui discutido), a nossa Constituição Federal traz três grandes disposições que abrem, de forma explícita ou implícita, espaço para a atuação de Estados e Municípios: **(1.)** o art. 21, XII, ‘f’, que admite a figura do Estado ou Município concessionário, permissionário ou autorizatário de portos; **(2.)** o art. 22, X e parágrafo único, que permite a assunção de competência legislativa suplementar sobre o setor portuário por Estados; e, não menos importante, **(3.)** o art. 241, que permite a criação de consórcios públicos para a gestão associada de serviços portuários, ou a assinatura de convênios de cooperação para a transferência desses mesmos serviços.

O texto constitucional vigente admite, em outros termos, que entes subnacionais não apenas sejam encarregados da sua exploração, como também

⁴² “The Commission recommends that Congress and the Executive Branch recognize the right of state and local officials--both as individuals and through their national associations- to participate from the earliest stages in developing federal rules and regulations that have a significant impact upon their jurisdiction.” (HAWKINS e HOWARD, 1983, p. 45)

admite que sejam investidos de competências legislativas e administrativas diversas (planejamento, fiscalização, outorga, etc).

Esta última possibilidade decorre de uma compreensão mais apurada do que efetivamente significa, na sistemática constitucional, a reserva de competência em favor de um ente federado. Desde que a EC 19/1998 inseriu o novo art. 241 na Constituição Federal, o ente que detém a titularidade sobre um setor não é mais *ipso facto* aquele que exercerá necessariamente as funções administrativas que podem estar a ele (setor) associadas. A partir da EC 19/1998, a titularidade passa a denotar, isso sim, o ente que detém a prerrogativa, sempre discricionária, de exercer ele próprio essas funções, ou, ao revés, transferi-las ou exercê-las conjuntamente com outros entes.

A despeito disso, e a despeito de elementos outros (como, por exemplo, as funções assumíveis por uma autoridade portuária), a nossa tradição e prática setorial é a de confiar aos Estados e Municípios apenas a exploração da infraestrutura e serviços portuários. Autoridades locais vem, historicamente (desde o século XVI, ao menos), se engajando em tarefas de construção e melhoria da infraestrutura desse setor e, já há quase um século (1917 - hoje), é adotado e consolidado um modelo de *outorga portuária interfederativa*. Nada, porém, que extrapole a prerrogativa de exploração.

Mesmo os diversos convênios de delegação portuária hoje assinados entre União e entes subnacionais, tendo como base a Lei 9.277/1996 e o Decreto 2.184/1997, não suplantam essa lógica. Pouquíssimas funções administrativas esses convênios confiam aos entes subnacionais, à exceção, talvez, de alguma prerrogativa de fiscalização subsidiária, no mais das vezes; mas, de resto o seu regime jurídico muito se aproxima ao dos contratos de concessão interfederativa firmados no início do século XX.

Para todos os efeitos, portanto, os convênios de delegação subsumem-se à classe-geral das *outorgas portuárias interfederativas*, que também acolhe as concessões e as instalações portuárias rudimentares do século XX, e algumas autorizações de TUP e IP4 hoje promovidas pela ANTAQ. O modelo das *outorgas portuárias interfederativas*, portanto, acolhe todas as formas conhecidas de atuação

de entes federativos no setor.

Porém, e a despeito da importância que pode ter tido para avanços do setor, esse modelo é claramente uma solução parcial para o que aqui se analisa. Em se tratando dos arranjos federativos para a exploração de portos (uma competência reservada ao poder público), ainda há um enorme espaço e potencial a ser explorado por todos os entes federados, sobretudo:

1. Pela **reforma do marco legal da delegação portuária interfederativa** (Lei 9.277/1996 e Decreto 2.184/1997), de forma a eliminar-se as suas dissonâncias e trazer maior estabilidade e segurança jurídica a essa operação;
2. Pela **assinatura de convênios de cooperação**, de forma a transferir-se aos Estados e Municípios não apenas a exploração do serviço portuário, como também alguns ou todos encargos, pessoal e bens (a própria infraestrutura, talvez) associados ao serviço;
3. Pela **assinatura de consórcios públicos**, de forma a instituir-se a gestão associada do serviço portuário por União e entes subnacionais, isto é, de forma a descentralizar-se a uma nova pessoa jurídica, interfederativa, funções administrativas relativas ao setor portuário;
4. Pela **assunção, por parte dos Estados, de competências legislativas suplementares no setor portuário**, o que abre espaço para arranjos mais dinâmicos e próximos do modelo de federalismo cooperativo.

A busca por esses potenciais ainda inexplorados pode se traduzir em avanços para o setor portuário, que passará a poder se valer de instrumentos mais eficazes para uma sua efetiva descentralização.

O que aqui se delimita, bem se diga, é apenas o formato-geral que se pode buscar para essa descentralização. O conteúdo específico que poderia preencher esses marcos, convênios, consórcios e arranjos, por outro lado, é algo que extrapola os objetivos – e limites – do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório (Fundamentos de Direito Regulatório)**. Scotts Valley: Create Space, v. I, 2013. 146 p.

ASIAN DEVELOPMENT BANK. **Facilitating Private Sector Participation in Ports Infrastructure under Decentralization - Final Report**. [S.I.] (Relatório contratado pelo Governo da Indonésia), 2003. 551 p.

BAUMGARTEN, M. Z. **Municipalização de Sítios Portuários: um estudo de caso no porto de Itajaí-SC**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Administração, 2009. 94 p.

CARRILO, C. A. **Memória da Justiça Brasileira: Do Condado Portucalense a Dom João de Bragança**. 3ª edição. ed. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, v. 1, 2003.

DALLARI, D. D. A. **Parecer Jurídico sobre o Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico – PNS**. Ministério das Cidades (consultante). Paris, p. 20. 2005.

DERNBACH, J. C. Pennsylvania's Implementation of the Surface Mining Control and Reclamation Act: An Assessment of How "Cooperative Federalism" can Make State Regulatory Programs More Effective. **Journal of Law Reform**, v. 1, n. 19, p. 903-968, 1985-1986.

EAGLE, S. J. Wireless Telecommunications, Infrastructure Security and the Nimby Problem. **Catholic University Law Review**, v. 1, n. 54, p. 445-496, 2004-2005.

FILHO, M. J. **Parecer Jurídico sobre Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico - PNS**. Ministério das Cidades (consultante). Curitiba, p. 107. 2005.

FILHO, M. J. **Parecer Jurídico sobre o Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico - PNS (Sumário Executivo)**. Ministério das Cidades (consultante). Curitiba, p. 34. 2005.

FILHO, M. J. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 1408 p.

FOOTE, S. B. Administrative Preemption: An Experiment in Regulatory Federalism. **Virginia Law Review**, v. 1, n. 70, p. 1429-1468, 1984.

FREITAS, T. **Esboço do Código Civil** (Obra compilada do Código Civil por Teixeira de Freitas (1816 - 1833)). Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, v. 1, 1983. 350 p.

HAGGERTY, B. H. 'TRU' Cooperative Federalism: Radioactive Waste Transportation Safety in the West. **Journal of Land, Resources and Environmental Law**, v. 1, n. 22, p. 41-72, 2002.

HAWKINS, R. B.; HOWARD, S. K. **In Brief: Regulatory Federalism: Policy, Process, Impact and Reform**. 1ª edição. ed. Washington: Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1983. 50 p.

HILL, C. Regulatory Federalism: A Comparative Study of Safe Drinking Water Policy Implementation in Vancouver, Canada, and Seattle, USA. **Canadian Political Science Association**, p. 35, 2004.

HONORATO, C. T. O Estado Imperial e a Modernização Portuária. In: SZMRECSÁNYI, T. **História Econômica da Independência do Império**. 1ª edição. ed. São Paulo: Hucitec, ABPHE, EDUSP, Imprensa Oficial, v. 1, 2002. p. 176.

HOVENKAMP, H. Regulatory Conflict in the Gilded Age: Federalism and the Railroad Problem. **Yale Law Journal**, v. 1, n. 97, p. 1017-1072, 1987-1988.

HUNTER, T. Australian Offshore Petroleum Regulation After the Varanus Island Explosion and the Montara Blowout - Drowning in a Sea of Federalism? **New Zealand Maritime Law Journal**, v. 1, n. 25, p. 69-89, 2011.

JEWELL, E. O. Government Control of Ports. **Western Reserve Law Review**, December 1960. 80-92.

LEAL, V. N. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3ª edição. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997. 440 p.

LEMOS, M. B.; DINIZ, C. C. **Impacto Regional da Privatização da Infra-Estrutura no Brasil**. IPEA, BNDES. [S.l.], p. 51. 1997.

LOUREIRO, L. G. K. Monopólio e Serviço Público nas Constituições Brasileiras (1891 – 1934). **Revista de Direito Administrativo**, 256, n. 1, 2011. 47-93.

LYONS, D. A. Technology Convergence and Federalism: Who Should Decide the Future of Telecommunications Regulation? **Journal of Law Reform**, v. 1, n. 43, p. 383-434, 2009-2010.

MACEY, J. R. Federal Deference to Local Regulators and the Economic Theory of Regulation: toward a public-choice explanation of federalism. **Virginia Law Review**, 1, n. 76, 1990. 265-291.

MARTIN, P. H. Federalism and State Regulation of Natural Gas - The Supreme Court Revisits Preemption. **Journal of Mining Law & Policy**, v. 1, n. 5, p. 207-233, 1989-1990.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª edição. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOELLER, J. W. Requiem for the Public Utility Holding Company Act of 1935: The "Old" Federalism and State Regulation of Inter-State Holding Companies. **Energy Law Journal**, v. 2, n. 17, p. 343-400, 1996.

MULLINS, D. R. **Accountability and Coordination in a Decentralized Context: Institutional, Fiscal and Governance Issues**. World Bank. Washington, D.C. 2003. preparado para a Second Regional Conference on Poverty Reduction Strategies.

NETO, B. P. **Parecer Jurídico sobre o Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico – PNS**. Ministério das Cidades (consultante). São Paulo, p. 56. 2004.

NETO, F. D. A. M. **Parecer Jurídico sobre o Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico - PNS**. Ministério das Cidades (consultante). São Paulo, p. 85. 2005.

NEWMAN, D.; WALDER, H. J. **A Federal Ports Policy?**, 1998. Obtido por meio eletrônico, sem indicação de publicação.

OKOJIE, C. **Decentralization and Public Service Delivery in Nigeria**. International Food Policy Research Institute c/o International Center for Soil Fertility and Agriculture. Benin, p. 67. 2009.

RIBEIRO, C. L.; BAGGIO, G. P. A busca por uma resposta para o embate sobre a municipalização do serviço de iluminação pública. **Agência Canal Energia**, 12 junho 2013. Disponível em: http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/materias/Artigos_e_Entrevistas.asp?id=95788.

RODRIGUES, I. D. O. C. Fundamentos Dogmático-Jurídicos do Sistema de Repartição das Competências Legislativa e Administrativa na Constituição Federal de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 15, janeiro a março 2007.

RODRIGUES, I. D. O. C. Evolução Histórico-Jurídica do Regime de Exploração de Portos no Brasil e o Regime da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, p. 145-215, jul-set 2012.

RODRIGUES, I. D. O. C.; LOUREIRO, L. G. K. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestatais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 262, 2013. 263 a 292.

SEP, UFSC e LabTrans. **Diagnóstico do Setor Portuário Brasileiro (Relatório Executivo)**. Desenvolvido no âmbito do projeto Pesquisas e Estudos para a Logística Portuária e Desenvolvimento de Instrumentos de Apoio ao Planejamento Portuário, maio de 2011. 133 p.

SHAPIRO, S. Who Should Regulate? Federalism and Conflict in Regulation of Green Buildings. **William and Mary Environmental Law & Policy Review**, v. 1, n. 34, p. 257-279, 2009-2010.

TOVAR, B.; TRUJILLO, L.; JARA-DÍAZ, S. Organization and regulation of the port industry: Europe and Spain. In: COTO-MILLÁN, P. **Essays on Microeconomics and Industrial Organisation**. 2nd edition. ed. Heidelberg: Physica Verlag, 2004. p. 385.

VINCE, C. A.; MOOT, J. S. Energy Federalism, Choice of Forum and State Utility Regulation. **Administrative Law Review**, v. 1, n. 42, p. 323-392, 1990.

ANEXOS

ANEXO 1: Contrato de Concessão do Porto de Paranaguá ao Estado do Paraná, tal como assinado no dia 23 de maio de 1917

OBJECTO DA CONCESSÃO, PRAZO E FAVORES CONCEDIDOS

I

E' concedida ao Estado do Paraná, de accôrdo com o disposto no art. 75, n. XI, da lei n. 3.232, de 5 de janeiro de 1917, autorização para a construcção das obras de melhoramento do porto do Paranaguá, uso e gozo das mesmas durante o prazo de 60 annos.

Parapho unico. O respectivo contracto só será exequivel após o registro no Tribunal de Contas.

II

As obras de melhoramento que fazem objecto da presente concessão são as que constam dos planos e orçamentos organizados pela Inspectoria Federal de Portos, Rios e Canaes e já approvados pelo decreto n. 12.414. de 14 de março de 1917.

Essas obras comprehendem:

1o, abertura de um canal na barra do Norte com 300 metros de largura, 2.000 metros de extensão e profundidade de oito metros em maré minima;

2o, abertura de um canal na barra, de Sueste com 300 metros de largura, 3.600 metros de extensão e oito metros de profundidade em maré minima;

3o, construcção de um cáes acostavel com 550 metros de extensão fundado á cota de 8m,00 abaixo do nivel minimo;

4o, construcção de um cáes de saneamento constituindo o prolongamento para leste do cáes de atracação e terminando no rio Itiberê, com a extensão de 2.486 metros;

5o, dragagem até á cota de 8m,00 em frente a cáes de atracação e até á cota 0 em frente ao cáes de saneamento;

6o, execução do aterro atrás das muralhas dos cáes até á cota 4m,00 com o producto da dragagem em frente aos cáes;

7o, construcção de dous muros de arrimo nos extremos leste e oeste do cáes de atracação para sustentar lateralmente o aterro;

8o, construção de armazens com o necessario aparelhamento para mercadorias e materiaes inflammaveis, edificio da administração, officinas, casa de guarda e depositos para carvão:

9o calçamento na zona do cáes de atracação;

10o, esgotos de aguas pluviaes;

11o, assentamento de linhas ferreas para o serviço do cáes e armazenagens e fornecimento do material rodante necessario;

12o, fornecimento e assentamento de guindastes;

13o, installação electrica para luz e força;

14o, abastecimento de agua;

15o, assentamento de gradil de ferro com portões fechando o cáes e suas dependencias.

III

Para execução das obras mencionadas, o Estado do Paraná terá o direito de desapropriar, nos termos da legislação em vigor, os terrenos particulares, edificios, pontes e quaesquer bemfeitorias existentes nas proximidades do porto e que forem julgadas necessarias á execução do melhoramento projectado.

IV

Durante o prazo da concessão o Estado do Paraná terá o usufructo dos terrenos de marinha que forem necessarios ás obras e ás suas dependencias e que ainda não estiverem aforados, bem como dos desapropriados e aterrados.

V

Os armazens construidos pelo Estado concessionario gosarão de todos os favores e vantagens e ficarão sujeitos aos onus dos armazens alfandegados e entrepostos da União.

DA CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS OBRAS

VI

As obras de construção serão iniciadas no prazo de um anno da data do registro do contracto pelo Tribunal de Contas e deverão ficar concluidas no prazo de cinco annos, contados da mesma data.

VII

Todas as obras serão executadas sob a fiscalização da Inspectoria Federal de Portos,

Rios e Canaes, sendo organizada para esse fim uma commissão especial composta de funcionarios dessa repartição.

VIII

O Estado concessinario fará dirigir a construcção das obras por um engenheiro de reconhecida competencia e capacidade tecnica, e dará preferencia, em igualdade de condições, a pessoal e material nacionaes com emprego nas mesmas obras.

IX

Durante o prazo das concessões o Estado concessionario será obrigado a proceder, á sua custa, ás reparações necessarias ás obras e a mantel-as em perfeito estado de conservação, dicando ao Governo Federal o direito de, em falta de cumprimento desta clausula, fazer executar esses trabalhos por conta do Estado.

DA EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DO PORTO

X

Qualquer extensão de cáes, definitivo ou provisório, só poderá ser entregue ao trafego publico mediante prévia autorização o Governo Federal.

XI

Para a remuneração e amortização do capital empregado nas obras pagamento das despesas de custeio, conservação e fiscalização, o Estado do Paraná terá o direito de cobrar as seguintes taxas:

a) taxas de atracação;

1o, por dia e por metro linear de cáes occupado por navios a vapor ou outro motor moderno, 700 réis; 2o, por dia e por metro linear de cáes occupado por navio a vela, 500 réis;

b) taxa de utilização do cáes e conservação do porto: Por kilogramma de mercadoria embarcada ou desembarcada, 2.5 réis;

c) taxas de capatazias e armazenagens: As que forem cobradas nas alfandegas, de accôrdo com as leis de receita annualmente votadas pelo Congresso Nacional.

§ 1o Os navios nacionaes, com regalias de paquetes, gosarão do abatimento de 50 % na contribuição das taxas designadas sob as lettras a e b.

§ 2o São isentas de taxas de atracação as lanchas, botes, escaleres e outras embarcações miudas empregadas no movimento de passageiros e bagagens e as pertencentes aos navios atracados.

XII

Além das taxas referidas na clausula XI, é licito ao Estado concessionario, com prévia autorização do Governo, perceber outras em remuneração dos serviços prestados em seus estabelecimento, como carregamento ou descarregamento de vehiculos das vias ferreas, emissão de warrants, etc., sendo-lhe tambem permittido estabelecer um serviço de reboques com tarifas préviamente aprovadas pela União.

XIII

Nenhuma mercadoria, seja qual for a sua natureza ou destino, que entre pelo porto poderá ser embarcada ou desembarcada sem transitar pelo cáes, sujeita sempre ao pagamento das taxas respectivas, fixadas na clausula XI.

XIV

A baldeação de mercadorias, quer de importação, quer de exportação, no interior da bahia, só será permittida, á custa dos interessados, sujeita á conveniente fiscalização, mediante o abatimento de 50 % da taxa de utilização do cáes e conservação do porto.

XV

Os navios que entrarem na bahia de Paranaguá por qualquer das barras para fins commerciaes pagarão a taxa de barra de um real por kilogramma de mercadorias manifestadas para qualquer porto do interior da bahia.

XVI

Serão embarcadas ou desembarcadas gratuitamente quaesquer sommas de dinheiro pertencentes ao Governo Federal, as malas do Correio, assim como as bagagens de passageiros civis e militares, os immigrants e suas bagagens, correndo tambem por conta do Estado Paraná o transporte desses immigrants e respectivas bagagens de bordo até os carros de vias ferraes que vierem Ter ao cáes.

XVII

No caso de movimento de tropas federaes, poderão estas utilizar-se gratuitamente do cáes e aparelhamento do porto para embarque e desembarque.

XVIII

Para o serviço de carga, descarga e guarda de generos explosivos, corrosivos e inflammaveis, serão construidos armazens ou depositos especiaes fóra da zona do cáes mediante o pagamento de taxas que serão aprovadas pelo Governo Federal.

XIX

Para a determinação do capital empregado nas obras para os effeitos da applicação da clausula XXVII, as obras realizadas durante cada semestre serão medidas, avaliadas e descriptas pelo chefe da commissão fiscal, terminando os semestres respectivamente em 30 de junho e 31 de dezembro.

XX

A renda bruta do porto será determinada annualmente de accôrdo com o regulamento que for opportunamente expedido para a exploração do porto.

XXI

Para o calculo dos lucros liquidos será considerada renda bruta a somma de todas as rendas ordinarias ou extraordinarias, eventuaes ou complementares, e renda liquida a importancia correspondente a sessenta por cento (60 %) da renda bruta.

XXII

As taxas approvadas serão revistas de cinco em cinco annos, ficando sujeitas a redução quando os lucros liquidos excederem de 12 % (doze por cento) do capital empregado nas obras.

XXIII

Si depois de iniciada a exploração do porto for verificado que a arrecadação das taxas estipuladas na clausula XI foi insufficiente no anno findo para a remuneração do capital empregado nas obras á razão de seis por cento (6 %) ao anno, a União entregará ao Estado do Paraná, do producto da taxa de 2 % ouro sobre a importação pelo porto ora contractado, a quantia necessaria para completar ao juros de 6 % limitada porém a responsabilidade da União ao Total do producto dessa taxa de 2 %, ouro, no referido anno e no mesmo porto.

XXIV

O Estado concessionario deverá formar um fundo de amortização por meio de quotas annuaes calculadas de modo a reproduzir o capital empregado na obras no fim do prazo da concessão.

A formação desse fundo principiará dentro de dez annos ao mais tardar, a contar da data da assignatura do contracto entre a União e o Estado do Paraná.

XXV

O Governo Federal regulamentará os serviços de exploração do porto, de modo a harmonizar o funcionamento do fisco aduaneiro exercido pelo Ministerio da Fazenda com os interesses da administração do trafego do porto a cargo do Estado do Paraná e os serviços de fiscalização do contracto de concessão a cargo do Ministerio da Viação e Obras Publicas, representado pela Inspectoria Federal de Portos, Rio e Canaes.

XXVI

O Estado do Paraná contribuirá annualmente com a quantia de sessenta contos de réis (60:000\$) para as despesas de fiscalização das obras durante o periodo de construcção, ficando essa contribuição reduzida a quarenta contos de réis (40:000\$)

no periodo da exploração.

RESGATE, RESCISÃO E REVERSÃO DAS OBRAS

XXVII

O Governo Federal poderá resgatar todas as obras em qualquer tempo.

O preço do resgate será fixado de modo que, reduzido a apolices da divida publica, produza uma renda equivalente a 8 % de capital effectivamente empregado nas obras, com o desconto da importancia que porventura tenha sido amortizada.

XXVIII

A rescisão do Contracto poderá ser declarada de pleno direito por decreto Governo Federal si forem excedidos quaesquer dos prazos estabelecidos na clausulas VI, salvo motivo de força maior comprovado.

XXIX

Findo o prazo de sessenta anos, contados da data da assignatura do contracto, reverterão para o dominio da União, sem indemnização alguma, as obras, os terrenos, bemfeitorias e material fixo e rodante.

DISPOSIÇÕES DIVERSAS

XXX

Si dentro do prazo da concessão o movimento commercial do porto de Paranaguá exigir ampliação das obras, como sejam maior extensão de cáes de atracação, augmento de armazens, etc., o Estado do Paraná terá preferencia para construcção e exploração das obras novas de conformidade com os productos que forem organizados pelo Governo Federal e mediante as clausulas que forem estipuladas no respectivo accôrdo entre a União e o Estado do Paraná.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 1917. - A. Tavares de Lyra. Este texto não substitui o original publicado no Coleção de Leis do Brasil

ANEXO 2: Contrato de Concessão do Porto de São Sebastião ao Estado de São Paulo, tal como assinado no dia 13 de julho de 1934

PRIMEIRA PARTE

CLAUSULA I

OBJECTIVOS E PRAZO DA CONCESSÃO - REGISTRO DO CONTRACTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

E' concedida ao Governo do Estado de São Paulo, nos termos do decreto n. 24.599, de 6 de julho de 1934, autorização para realizar as obras e o aparelhamento do porto, de São Sebastião, bem como para a exploração do trafego desse porto, durante o prazo de sessenta (60) annos, a contar da data em que o Tribunal de Contas ordenar o registro do presente contracto, que só então entrará em vigor, não cabendo qualquer responsabilidade á União, no caso de ser denegado esse registro.

CLAUSULA II

AUTORIZAÇÃO PARA UTILIZAR OS TERRENOS DE MARINHAS E SEUS ACCRESCIDOS

A União autoriza a utilização, pelo Estado concessionario, dos terrenos de marinhas e respectivos accrescidos, que sejam necessarios á execução das obras previstas no presente contracto.

CLAUSULA III

DIREITO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PUBLICA

Serão desapropriados por utilidade publica, si não puderem ser adquiridos por outra fórma, os terrenos e as construcções necessarias á execução das obras comprehendidas neste contracto, ficando a cargo exclusivo do Estado concessionario as despesas de indemnização e quaesquer outras decorrentes das desapropriações ou de qualquer outro modo de aquisição, as quaes serão levadas á conta do capital do porto, depois de reconhecidas pelo Governo.

OS TERRENOS E BEMFEITORIAS ADQUIRIDOS OU DESAPROPRIADOS CONSTITUIRÃO PARTE INTEGRANTE DO PATRIMONIO DO PORTO

Parapho unico. Os terrenos e bemfeitorias adquiridos ou desapropriados, cujo custo tenha sido levado á conta do capital do porto, constituirão parte integrante do patrimonio do porto de que o Estado concessionario tem uso e gozo, durante o prazo da concessão.

CLAUSULA IV

CESSÃO DE SOBRAS DE TERRENOS DO PORTO POR VENDA OU ARRENDAMENTO

O Estado concessionario poderá dispôr, mediante venda ou arrendamento, cujos pregos e demais condições serão submettidos á aprovação do Governo Federal, das sobras dos terrenos adquiridos por compra ou desapropriação, desde que não sejam necessarias a obras ou serviços do porto nem, de modo geral, a quaesquer outras obras ou serviços de utilidade publica, a juizo do mesmo Governo. Quanto as sobras de terrenos de marinhas a accrescidos, nas mesmas condições das anteriores, ser-lhe-ão perferencialmente aforadas na fórmula das leis vigentes, para livre disposição do dominio util.

A RENDA DECORRENTE DA CESSÃO DE TERRENOS SERÁ LEVADA AO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DO CAPITAL

Parapho unico. A renda decorrente da cessão pelo Estado concessionario, das sobras de terrenos, previstas nesta clausula, será levada ao fundo de compensação do capital, de que trata a clausula XXIII, deste contracto.

CLAUSULA V

ISENÇÃO DE IMPOSTOS

Durante o prazo deste contracto, o Estado concessionário gozará, de isenção de direitos, sujeita ás disposições do decreto n. 24.023, de 21 de março do corrente anno, para os materiaes, machinismos ou aparelhos que importar, para as obras e installações, cuja realização, ampliação, conservação e renovação lhe competem, em virtude deste mesmo contracto. Gozará o Estado, além disso, de isenção de todos os demais impostos federaes, que incidam ou venham a incidir sobre as referidas obras e installações ou sobre os serviços correspondentes.

SEGUNDA PARTE

Construcção e aparelhamento do porto

CLAUSULA VI

OBRAS E APPARELHAMENTO A REALIZAR

As obras e o aparelhamento do porto de S. Sebastião, a que se refere o presente contracto, constarão de estudo, projecto e orçamento, que o Estado se obriga a submeter á aprovação do Governo Federal, até 15 de agosto do corrente anno.

As modificações necessarias serão propostas ao Governo Federal, com os respectivos projectos, orçamentos e justificações

§ 1o Quasquer modificações que o Estado concessionario venha a julgar necessarias, nos projectos approvados, a que se refere esta clausula, deverão ser, por elle, propostas ao Governo Federal, com os novos projectos e orçamentos, acompanhados da justificação detalhada das referidas modificações, que não serão adoptadas, nem executadas, sem a prévia approvação do mesmo Governo.

Ampliação das installações do porto, dentro dos primeiros dez annos de prazo de concessão

§ 2o Além das obras e do apparelhamento, previstos nesta clausula, o Estado concessionario, mediante autorização do Governo Federal e obedecendo no disposto no § 1o, poderá, durante os primeiros dez annos do prazo da concessão, realizar outras obras e ampliar o apparelhamento do porto, de accôrdo com as exigencias do respectivo trafego.

CLAUSULA VII

EXECUÇÃO DAS OBRAS

A execução das obras será, pelo Estado, confiada a firma constructora idonea, mediante concorrência publica.

CLAUSULA VIII

PRAZO DE INICIO E CONCLUSÃO DAS OBRAS E APPARELHAMENTO DO PORTO

As obras e apparelhamento do porto, a que se refere a clausula VI, deverão ser iniciadas dentro do prazo de 12 mezes, contados da data do registro deste contracto pelo Tribunal de Contas, devendo estar terminadas no prazo de tres annos, contados da mesma data.

Interrupção de obras

§ 1o Uma vez iniciadas, as obras não poderão soffrer interrupção por prazo superior a tres mezes, salvo motivo de força maior, devidamente justificado e acceito pelo Governo Federal.

Prorogação do prazo

§ 2o Os prazos estabelecidos nesta clausula poderão prorogados, desde que haja motivo de força maior, a Juízo do Governo Federal.

CLAUSULA IX

CONTAS DO CAPITAL INICIAL DO PORTO, RECONHECIMENTO DAS PARCELLAS DE CAPITAL DESPENDIDO. ENCERRAMENTO DA CONTA DE CAPITAL INICIAL DO PORTO

A conta de capital do porto constará de todas as parcellas de custo das obras e

apparelhamentos a que se refere a clausula VI e que foram reconhecidas pelo Governo Federal nas tomadas de contas semestraes ou annuaes a se realizarem, de conformidade com os regulamentos que estiverem em vigor. No fim do 10o anno do prazo da concessão, será encerrada essa conta do capital inicial do porto, para os efeitos da clausula XXIII deste contracto.

As despesas de conservação, durante a construcção, serão levadas á conta do capital

Paragrapho unico. Durante o periodo de construcção e antes da inauguração dos serviços de exploração do trafego do porto, as despesas de conservação das obras e do aparelhamento realizadas serão levados á conta do capital inicial do porto.

CLAUSULA X

AMPLIAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DEPOIS DO ENCERRAMENTO DA CONTA DO CAPITAL INICIAL DO PORTO

Si, depois de encerrada a conta do capital, como determina a clausula IX, o movimento commercial do porto de S. Sebastião exigir a ampliação das respectivas installações, com obras novas e aparelhamento adicional, o Estado concessionario se obriga a realizar a referida ampliação, mediante termo contractual additivo á concessão, em que, além da especificação e custo dessas obras e aparelhamento novo, ficarão estabelecidas a abertura da conta de capital adicional respectiva e a data em que esta deva ser encerrada. Esse capital adicional, bem como qualquer outro que, pela mesma razão e fôrma, fôr dependido, terá o prazo fixo de 50 annos para sua amortização, qualquer que seja a data de encerramento da conta de capital respectiva.

CLAUSULA XI

INSTALAÇÕES ESPECIAES

O Estado concessionario se obriga a prover o posto de São Sebastião, opportunamente, com installações especiaes para o embarque, desembarque e armazenamento de inflammaveis, explosivos e corrosivos, para o embarque e desembarque de cereais a granel, para a descarga, carregamento e armazenamento de carvão e para o abastecimento dos navios com esse combustivel, bem como outras installações que o trafego venha a exigir, para a efficiencia do porto.

A CONSTRUÇÃO DESSAS INSTALAÇÕES REGE-SE PELO DISPOSTO NAS CLAUSULAS VI E X

§ 1o Essas installações especiaes, como ampliação das installações do porto, serão executadas de accôrdo com o disposto no § 1o da clausula VI, ou com o que determina a clausula X, conforme sua realização se der antes ou depois de decorridos os primeiros 10 annos da concessão.

TAXAS A SEREM COBRADAS, MEDIANTE PROPOSTA DO GOVERNO FEDERAL

§ 2o Com os projectos e orçamentos dessas installações especiaes, o Estado

concessionario submeterá á aprovação do Governo Federal, às tabellas das taxas que pretender applicar para a remuneração dos serviços que com elles serão prestados observado o disposto no art. 23 do decreto n. 24.508, de 29 de Junho de 1934.

CLAUSULA XII

FISCALIZAÇÃO PELO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PORTOS E NAVEGAÇÃO

Todas as obras e o aparelhamento do porto de S. Sebastião serão realizados sob a fiscalização do Departamento Nacional de Portos e Navegação.

TERCEIRA PARTE

Exploração commercial do porto

CLAUSULA XIII

FISCALIZAÇÃO PELO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PORTOS ORGANIZADOS

Na exploração commercial do porto de S. Sebastião serão observadas as disposições dos decretos ns. 24.447, 24.508 e 24.511, de 29 de junho findo.

CLAUSULA XIV

OS ARMAZENS CONSTRUIDOS FICARÃO NAS MESMAS CONDIÇÕES QUE OS DA UNIÃO

Os armazens construidos pelo Estado concessionario, em virtude deste contracto, gozarão de todos os favores e vantagens e ficarão sujeitos aos mesmos onus dos armazens alfandegados e entrepostos da União.

CLAUSULA XV

RENDA CUJA ARRECADAÇÃO CABE AO ESTADO E COM A QUAL REMUNERARÁ E AMORTIZARÁ O CAPITAL E PAGARÁ AS DESPESAS DA EXPLORAÇÃO COMERCIAL

Para a remuneração e amortização do capital inicial e addicional que de conformidade com o disposto nas clausulas IX, X e XI, o Estado applicar nas installações portuarias do porto de S. Sebastião e, bem assim, para o pagamento das despesas com a execução dos serviços portuarios e com a conservação e renovação daquellas installações, o referido Estado cobrará dos armadores e dos donos das mercadorias, em retribuição das vantagens que lhes offerecer e dos serviços que lhes prestar,

importancias calculadas Pela applicação das taxas da, tarifa, organizada, de accôrdo com o que determina o artigo 23 do decreto n. 24.508, de 29 de junho findo e que seja aprovado pelo Governo Federal.

MODIFICAÇÕES NA TARIFA APPROVADA

Paragrapho unico. Qualquer modificação na tarifa aprovada, que o Estado venha a julgar necessaria, só será posta em prática depois de proposta ao Governo Federal e por elle aprovada.

CLAUSULA XVI

DEFINIÇÃO DE RENDA BRUTA, CUSTEIO E RENDA LIQUIDA

Para os effeitos do presente contracto, será considerada:

- a) renda bruta do porto de S. Sebastião, a somma de todas as rendas discriminadas na clausula XV;
- b) despesa de custeio do porto de S. Sebastião, a somma de todas as despesas com a administração e execução dos serviços do trafego do porto e com a conservação, reparação e renovação das respectivas obras, aparelhamento e installações especiaes;
- c) renda liquida do porto de S. Sebastião, a differença entre a renda bruta e a despesa de custeio.

APURAÇÃO ANNUAL DA RENDA BRUTA, DA DESPESA DE CUSTEIO E DA RENDA LIQUIDA, BEM COMO DA PORCENTAGEM DESTA SOBRE O CAPITAL

Paragrapho unico. Em tomadas de contas annuaes, o Governo Federal fará apurar a renda bruta arrecadada, a despesa de custeio realizada e a renda liquida resultante, cuja importancia em relação ao capital total reconhecido, como applicado ás installações portuarias, será determinada em porcentagem para os effeitos do § 2o do art. 14, do decreto n. 24.599, de 6 de julho de 1934. As tomadas de Contas se realizarão de accôrdo com o regulamento em vigor, ou que venha a ser expedido pelo Governo Federal, com o mesmo fim.

CLAUSULA XVII

GARANTIA DE JUROS RESTRICTA

Desde que a renda liquida determinada, em tomadas de contas, como estabelece o paragrapho unico da clausula XVI; seja inferior a seis por cento do capital applicado nas obras e no aparelhamento do porto de S. Sebastião, apurado e levado ás contas respectivas, referidas nas clausulas IX e X, deste decreto, o Governo Federal pagará ao Estado concessionario, a importancia complementar necessaria, para assegurar aquella remuneração ao alludido capital, importancia, que, no maximo, será igual á que fôr arrecadada pela Mesa de Rendas de S. Sebastião, como producto do imposto adicional de 10 %, sobre os direitos aduaneiros, realmente devidos, correspondentes

às mercadorias estrangeiras importadas pelo mencionado porto de S. Sebastião.

CLAUSULA XVIII

INICIO DO TRAFEGO E DA COBRANÇA DE TAXAS PORTUARIAS

O inicio da exploração commercial de qualquer trecho de caes acostavel, bem como o da cobrança das taxas portuarias, só poderá ter lugar mediante prévia autorização do Governo Federal.

CLAUSULA XIX

CONSERVAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DEPOIS DE INAUGURADO O TRAFEGO

Depois de iniciado o trafego do porto de S. Sebastião e durante o prazo da concessão, o Estado concessionario se obriga a fazer, por sua conta, a conservação das instalações portuarias, bem como as reparações e a renovação que estas exigirem, para que sejam mantidas em perfeito estado e em plena efficiencia.

CLAUSULA XX

SERVIÇOS PORTUARIOS REALIZADOS GRATUITAMENTE

O Estado concessionario fará, gratuitamente, os serviços de capatazias e de transporte nas linhas ferreas do porto, quando se tratar de:

- a) quaesquer sommas de dinheiro, pertencentes á União ou aos Estados; b) malas de correios; c) bagagem dos passageiros; d) bagagem dos immigrants;
- e) generos quaesquer, que sejam remettidos ás populações flagelladas por seca, peste, innundação, guerra ou calamidade publica.

TRANSPORTE GRATUITO DE IMMIGRANTES NAS LINHAS DO PORTO

§ 1o Será gratuito o transporte dos immigrants, nas linhas do porto, até ás estações das estradas de ferro, que para esse serviço deverão fornecer o necessario material rodante.

OUTRAS ISENÇÕES DE TAXAS

§ 2o Quaesquer outras isenções de taxas portuarias, que o Estado concessionario julgar convenientes, deverão constar das respectivas tabellas da tarifa, que serão por elle organizadas e submettidas á approvação do Governo Federal.

CLAUSULA XXI

A SAHIDA DE MERCADORIAS OU EMBARCAÇÕES SÓ PODE SER AUTORIZADA QUANDO QUITES COM A ALFANDEGA E COM O ESTADO CONCESSIONARIO

Iniciada a exploração commercial do porto de São Sebastião, nenhuma mercadoria poderá ser entregue pelo Estado concessionario, sem prévia desembaraço pela Mesa de Rendas. Do mesmo modo, a nenhuma mercadoria, ou embarcação, a Mesa de Rendas dará livre transito, ou sahida, sem que o dono de uma, ou o armador da outra, esteja quite com o Estado concessionario.

CLAUSULA XXII

PREFERENCIA AOS SERVIÇOS DO GOVERNO FEDERAL NO PORTO DE SÃO SEBASTIÃO

O concessionario dará preferencia aos serviços do Governo Federal na utilização do caes e installações do porto, recebendo a respectiva remuneração, de accôrdo com as taxas estabelecidas na tarifa approvada e applicada aos serviços que forem executados.

QUARTE PARTE

Disposições geraes

CLAUSULA XXIII

FUNDOS DE COMPENSAÇÃO DE CAPITAL INICIAI, E ADDICIONAL DO PORTO - ÉPOCA PARA O INICIO DA RESPECTIVA CONSTITUIÇÃO

O Estado concessionario, para reconstituir o capital inicial e as parcellas do capital addicional, cujas importancias serão demonstradas pelas respectivas contas, a que se refere a clausula IX, creará, pela capitalização de quotas annuaes, retiradas da renda liquida, os seguintes fundos:

- a) Fundo de compensação do capital inicial - A constituição desse fundo começará, ao mais tardar, depois de decorrido o decimo (10) anno do prazo da concessão, e a quota annual, a capitalizar, será calculada de modo a reproduzir a importancia daquelle capital inicial, no fim desse prazo;
- b) Fundos de compensação do capital addicional - Para cada uma das parcellas do capital addicional, será iniciada a constituição de um fundo de compensação, logo após ao encerramento da respectiva conta, calculando-se a quota annual a capitalizar, de fórmula a reproduzir a importancia da parcela correspondente, no fim do prazo de cincoenta (50) annos, seja qual fôr a data do encerramento da referida conta.

ORGANIZAÇÃO DAS TABELLAS DEMONSTRATIVAS DA CONSTITUIÇÃO DOS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO

§ 1o Para cada um dos fundos de compensação a que se refere esta clausula, o Estado concessionario organizará uma tabella demonstrativa da respectiva

constituição, a qual será submettida á aprovação do Governo Federal, no decorrer do primeiro anno da criação do mesmo fundo.

APPLICAÇÃO DAS IMPORTANCIAS DOS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO

§ 2o A importancia das quotas annuaes destinadas á constituição dos fundos de compensação, deverá ser applicada, immediatamente, pelo Estado concessionario em titulos da divida publica da União, ou do Estado de São Paulo, que assegurem a essa importancia, no minimo, juros de seis por cento (6 %) ao anno. E' vedado ao Estado concessionario dispor desses titulos, salvo os casos previstos nas clausulas XXIV, XXV, XXVI e XXVII deste contracto.

CLAUSULA XXIV

REVERSÃO

Findo o prazo da concessão, reverterão ao dominio da União as obras, o aparelhamento, terrenos, installações diversas e tudo mais que constituir, nessa occasião, o acervo da concessão a que se refere o presente contracto. O Estado concessionario, ao mesmo tempo, incorporará ao seu patrimonio a importancia dos fundos de compensação a que se refere a clausula XXIII, e receberá da União em titulos da divida publica federal, pela cotação que então tiverem na Bolsa de titulos do Rio de Janeiro, a parte de cada uma das parcellas do capital addicional, de que trata a clausula x, que na mesma occasião ainda não estiver compensada pelo respectivo fundo.

SERÁ COBRADA DO ESTADO CONCESSIONARIO A IMPORTANCIA QUE POR ORÇADA COMO NECESSARIA PARA COLLOCAR AS INSTALAÇÕES PORTUARIAS EM PERFEITO ESTADO

Parágrafo unico. Si, por occasião da reversão, de que trata esta clausula, verificar o Governo Federal, que o Estado concessionario deixou de attender á obrigação que lhe impõe a clausula XIX, de manter, em perfeito estado e em plena efficiencia, as installações portuarias, será orçado o custo dos trabalhos a serem feitos para dar a essas installações aquelle estado e efficiencia, e a respectiva importancia será cobrada do Estado concessionario, podendo ser descontada da indemnização prevista nesta clausula, si a ella o mesmo Estado tiver direito.

CLAUSULA XXV

ENCAMPAÇÃO

Ao Governo Federal fica reservado o direito de encampar a concessão do porto de São Sebastião, em qualquer tempo, depois de decorridos dez (10) annos, contados da data do encerramento da conta do capital inicial do mesmo porto, a que se referem as clausulas IX e X. O valor da concessão será fixado em apolices da divida publica da União, de modo que a renda destas seja igual á renda liquida média, annual, obtida do trafego do porto, no ultimo quinquennio que preceder a encampação, com o maximo de dez por cento (10 %) e o minimo de oito por cento (8 %) sobre o capital total, reconhecido pelo Governo Federal, como empregado nas installações portuarias

realizadas pelo Estado concessionario. O preço da encampação, que será pago com os referidos titulos da União será o saldo do valor da concessão, depois de se deduzir: a importancia total que accusarem, na occasião, os fundos de compensação a que se refere a clausula XXIII deste contracto, majorada proporcionalmente á majoração do capital reconhecido pelo Governo Federal, que apresentar o valor calculado da concessão.

AS OBRAS E INSTALLAÇÕES DO PORTO PASSARÃO Á PLENA PRORIEDADE
DA UNIÃO, INCORPORANDO O ESTADO CONCESSIONARIO, A SEU
PATRIMONIO, OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO

§ 1o Realizada a encampação da concessão do porto de São Sebastião, passarão ao dominio da União, as installações portuarias, isto é, obras, aparelhamentos, terrenos, installações diversas e tudo mais que constituir, então, o acervo da mesma concessão. Ao mesmo tempo, o Estado concessionario incorporará a seu patrimonio a importancia dos fundos de compensação a que se refere a clausula XXIII, podendo della dispôr de accôrdo com sua conveniencia.

OUTRAS FÓRMAS DE PAGAMENTO DO PREÇO DE ENCAMPAÇÃO

§ 2o Se fôr conveniente ao Governo Federal e por accôrdo com o Estado concessionario, o pagamento do preço da encampação poderá ser feito em moeda corrente, ou em outros titulos, em valores correspondentes ao das apolices a que esta clausula se refere, tomando em consideração as respectivas cotações que prevalecerem na Bolsa de Titulos do Rio de Janeiro.

CLAUSULA XXVI

RESCISÃO AMIGAVEL DO CONTRACTO

Por accôrdo entre o Governo Federal e o Estado concessionario, o presente contracto poderá ser rescindido, em qualquer tempo, mesmo antes da data em que, de accôrdo com o disposto na clausula XXV, a encampação da concessão póde tornar-se effectiva.

INDEMNISAÇÃO NO CASO DE RESCISÃO AMIGAVEL

§ 1o No caso de rescisão previsto nesta clausula, a indemnisação a ser paga ao Estado será determinada por accôrdo, mas, não poderá exceder, em valor, á importancia que se determinaria, de conformidade com a clausula XXV, como preço de encampação.

ESTENDEM-SE Á RESCISÃO AMIGAVEL DISPOSIÇÕES

DA CLAUSULA XXV

§ 2o Applicam-se no caso de rescisão de que trata esta clausula, as disposições constantes dos §§ 1o e 2o, da clausula XXV.

CLAUSULA XXVII

RESCISÃO DO CONTRACTO DE PLENO DIREITO

O Governo Federal, por decreto, poderá declarar rescindido de pleno direito, o presente contracto, sem interpelação ou acção Judicial, se forem excedidos quaesquer dos prazos estabelecidos, ou que forem fixados, em virtude do disposto nas clausulas VI e VIII, deste contracto, ou então se o Estado concessionario deixar de cumprir a obrigação que lhe impõe a clausula XIX, findo o prazo que fôr fixado pelo ministro da Viação e Obras Publicas para esse fim. No caso de rescisão, previsto nesta clausula, o Governo Federal pagará ao Estado concessionario, em titulos da divida publica da União, pela cotação que então tiverem na Bolsa de Titulos do Rio de Janeiro, o saldo da importancia do capital reconhecido pelo Governo, como aplicado nas instalações portuarias, depois de deduzidas as seguintes sommas:

1o, a importancia total que accusarem, na occasião da rescisão, os fundos de compensação a que se refere a clausula XXIII deste contracto;

2o, a importancia que fôr orçada como custo dos trabalhos exigidos pelas instalações portuarias, para que fiquem em perfeito estado e em plena efficiencia, de accôdo com o que determina a clausula XXX.

AS INSTALAÇÕES PORTUARIAS PASSARÃO A PLENA PROPRIEDADE DA UNIÃO INCORPORANDO O ESTADO CONCESSIONARIO A SEU PATRIMONIO, OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO EM FORMAÇÃO , DOS QUAES PODERÁ LIVREMENTE DISPÔR.

Parapho unico. Verificada a rescisão, as instalações portuarias passarão ao dominio da União, incorporando o Estado concessionario, a seu patrimonio, os fundos de compensação em formação, dos quaes poderá livremente dispôr.

CLAUSULA XXVIII

TRANSFERENCIA DOS SERVIÇOS CONTRATADOS

A presente concessão só poderá ser transferida a terceiros no todo ou em parte, pelo Estado concessionario, depois de terminada a construção do porto e mediante prévia autorização do Governo Federal.

CLAUSULA XXIX

APROVAÇÃO DE PROJECTOS E ORÇAMENTOS SI NÃO FOREM IMPUGNADOS NO PRAZO DE 90 DIAS

Os projectos e orçamentos submetidos pelo Estado concessionario á aprovação do Governo Federal, obedecendo a disposições contidas no presente contracto e que não forem impugnados dentro do prazo de 90 dias uteis, contados da data de sua apresentação á Fiscalização, serão considerados, para todos os effeitos, como aprovados.

AVISO POR TELEGRAMA, DA REMESSA DE DOCUMENTOS COM PROPOSTA, PROJECTOS E ORÇAMENTOS

§ 1o A remessa dos documentos relativos a essas propostas, projectos o orçamentos, será sempre communicada ao Governo, por telegramma.

IMPUGNAÇÃO POR TELEGRAMMA OU OFFICIO

§ 2o A impugnação das referidas propostas, projectos e orçamentos, poderá ser feita por telegramma ou por officio devidamente registrado.

CLAUSULA XXX

ARBITRAMENTO

As duvidas que se suscitarem entre o Governo Federal e o do Estado concessionário, sobre a intelligencia das clausulas do presente contracto serão decididas por tres arbitros, sendo escolhido um pelo Governo Federal, outro pelo Governo do Estado e um terceiro por accôrdo entre as duas partes, ou por sorteio dentro de quatro nomes, apresentados dois por cada um dos arbitros anteriormente escolhidos.

Rio de Janeiro, 13 de julho de 1934.- José Americo de Almeida.

ANEXO 3 – Convênio de Delegação do Porto de São Sebastião ao Estado de São Paulo, tal como assinado no dia 15 de junho de 2007

CONVÊNIO DE DELEGAÇÃO QUE ENTRE SI CELEBRAM A UNIÃO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA ESPECIAL DE PORTOS, E O ESTADO DE SÃO PAULO PARA ADMINISTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO PORTO DE SÃO SEBASTIÃO.

**CLÁUSULA PRIMEIRA
DO OBJETO**

O presente convênio tem por objeto a delegação, pela União, ao Estado de São Paulo, da administração e exploração do Porto de São Sebastião, doravante denominado simplesmente PORTO, nos termos da Lei no. 9.277, de 1996, regulamentada pelo Decreto no. 2.184, de 1997, alterado pelo Decreto no. 2.247, de 1997.

**CLÁUSULA SEGUNDA
DA IDENTIFICAÇÃO DO PORTO**

O PORTO, objeto da delegação, situa-se no Município de São Sebastião, Estado de São Paulo, correspondente ao lote 4, nos termos do Decreto Estadual no. 49.444, de 3 de março de 2005, que autoriza a implantação do Projeto de Desestatização do Estado de São Paulo, referente ao Corredor de Exportação Campinas - Vale do Paraíba – Litoral Norte.

**CLÁUSULA TERCEIRA
DA SUBSTITUIÇÃO DO INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO**

Como condição de eficácia do presente instrumento, o Estado de São Paulo se compromete a, no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, contados de sua assinatura, constituir entidade de sua administração indireta que atenda as exigências do artigo 4º do Decreto no 2.184, alterado pelo Decreto no 2.247, ambos de 1997, com atribuições específicas de administração e exploração do PORTO, e que substituirá, para todos os efeitos de direito, a DERSA como Interviente do DELEGATÁRIO.

**CLÁUSULA QUARTA
DA FORMA DE ADMINISTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO PORTO**

O DELEGATÁRIO exercerá no PORTO as funções de Autoridade Portuária definidas na Lei no 8.630, de 1993, particularmente em seu Artigo 33, por intermédio do INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO.

Parágrafo primeiro - Em caráter excepcional e no prazo máximo de seis meses, para evitar a descontinuidade do atendimento aos usuários do PORTO, poderá o DELEGATÁRIO, por intermédio do INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO, realizar operações portuárias.

Parágrafo segundo - Constituirá receitas da Autoridade Portuária toda e qualquer remuneração proveniente do uso da infra-estrutura aquaviária e terrestre, de

armazenagem, de contratos de arrendamento de áreas e instalações, de aluguéis e de projetos associados, bem como de aplicações financeiras e oriundas de atividades complementares.

Parágrafo terceiro - Todas as receitas da Autoridade Portuária deverão ser administradas pelo INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO, e exclusivamente destinadas ao custeio das atividades delegadas, manutenção das instalações e investimentos no PORTO.

CLÁUSULA QUINTA DAS OBRIGAÇÕES

a) Constituem obrigações da DELEGANTE:

I - Adotar as medidas necessárias para a transferência da administração e exploração do PORTO, ao DELEGATÁRIO;

II – Colocar à disposição do DELEGATÁRIO os bens que integram o patrimônio do PORTO;

III- Acompanhar, fiscalizar e controlar a execução deste Convênio, por intermédio da INTERVENIENTE DA DELEGANTE, observadas as disposições da Lei no 10.233, de 2001, em especial os arts. 20; 23, V; 27, XIV e XVI; 50 e 51-A, § 1o;

IV - Intervir, sempre que necessário, para garantir a prestação de serviço adequados;

V - Realizar, a qualquer tempo, Tomada de Contas Especiais;

b) Constituem obrigações do DELEGATÁRIO:

I - Exercer o objeto da delegação, obedecendo aos termos da Lei no 9.277, de 1996, regulamentada pelo Decreto no 2.184, de 1997, alterado pelo Decreto no 2.247, de 1997, Lei no 8.630/93, Lei no 10.233, de 2001, Lei nº 3.421, de 1958, Decreto no 74.619, de 1974 e demais normas aplicáveis;

II – Exercer as competências estabelecidas no artigo 33 da Lei no 8.630/93, por intermédio da INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO;

III- Cumprir os regulamentos e normas editados pela INTERVENIENTE DA DELEGANTE no exercício da sua competência legal, relativas à prestação dos serviços e à exploração da infra-estrutura portuária, aplicáveis ao caso;

IV - Dar prosseguimento à política de privatização da operação portuária e de arrendamento de áreas e instalações do PORTO, observando o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento, conforme o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, bem como na Lei no 10.233, de 2001, em especial o disposto

nos seus artigos 34 a 37, sem prejuízo das demais normas legais aplicáveis à matéria;

V - Promover melhoramentos e a modernização do PORTO implementando as obras destinadas a garantir a manutenção do serviço adequado, aumentar a sua segurança e a modicidade das tarifas do PORTO;

VI – Cumprir metas de aperfeiçoamento do desempenho operacional e de redução de custos;

VII- Promover a reestruturação administrativa e organizacional do PORTO, de forma a ajustar seu quadro de pessoal à função precípua de Autoridade Portuária;

VIII - Pré-qualificar os operadores portuários privados para que os serviços de movimentação de cargas no PORTO sejam prestados em regime de livre competição;

IX - Manter programas de treinamento de pessoal e de busca permanente da melhoria da qualidade na prestação dos serviços objetos da delegação;

X - Manter pessoal técnico e administrativo próprio ou de terceiros legalmente habilitados em quantitativo suficiente para a prestação de serviço adequado;

XI - Prestar e zelar pela prestação de serviços adequados ao pleno atendimento dos usuários do PORTO, atendendo às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas;

XII – Assegurar a devida proteção ao meio ambiente, tanto para os projetos próprios quanto os de terceiros;

XIII - Executar o Plano Estratégico de Administração e Exploração do PORTO, que fará parte integrante deste Convênio, independentemente de transcrição;

XIV - Apresentar à INTERVENIENTE DA DELEGANTE, o Plano de Arrendamento de Áreas e Instalações, após manifestação do Conselho de Autoridade Portuária – CAP;

XV - Manter atualizado o inventário e registro dos bens vinculados ao PORTO;

XVI - Assumir todos os passivos e contratos de trabalho do pessoal lotado na administração do PORTO na data da delegação;

XVII- Adotar medidas necessárias para que haja a manutenção e reposição de bens e equipamentos vinculados ao PORTO, bem como a aquisição de novos bens, de forma a assegurar a atualidade do aparelhamento do PORTO;

XVIII – Responsabilizar-se pela conservação dos bens patrimoniais do PORTO, pertencentes à DELEGANTE, incluindo a sua infra-estrutura de proteção e acesso, constantes de inventário a ser realizado pela DELEGANTE, zelando pela integridade desses bens, mantendo-os em perfeita condição de conservação e funcionamento até a sua devolução à DELEGANTE;

XIX - Responsabilizar-se perante terceiros por atos praticados durante a vigência do presente Convênio, afetos à exploração do PORTO.

XX - Manter seguro sobre os bens do PORTO, bem como seguros de responsabilidade civil e acidentes pessoais, para dar cobertura responsabilidades perante a DELEGANTE, terceiros; às suas usuários e

XXI - Respeitar os tetos das tarifas e seus respectivos ajustes, nos termos do art. 70 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, desde que as respectivas proposições sejam homologadas previamente pelo Conselho de Autoridade Portuária - CAP, depois de aprovadas pela INTERVENIENTE DA DELEGANTE;

XXII - Recolher aos cofres públicos todos os tributos e contribuições incidentes ou que venham a incidir sobre bens e atividades objetos da delegação;

XXIII - Garantir ao DELEGANTE e ao MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, vaga de membro titular no Conselho Fiscal, ou de órgão equivalente, na entidade da administração indireta a ser criada pelo Estado de São Paulo, prevista na cláusula terceira deste instrumento;

XXIV - Prestar , mensalmente , à INTERVENIENTE DA DELEGANTE, informações sobre a movimentação de embarcações e mercadorias , e a execução dos planos e programas, destacando os de arrendamento, obras de melhoramentos e cumprimento das metas de exploração do PORTO;

XXV - Apresentar Relatório Anual, contendo Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras, que servirão de base para Tomada de Contas realizada por Junta designada pela INTERVENIENTE DA DELEGANTE;

XXVI - Dar condições e apoiar a DELEGANTE no exercício das atividades de acompanhamento, fiscalização e controle deste Convênio, especialmente fornecendo ao INTERVENIENTE DA DELEGANTE, em tempo hábil, todas as informações e facilidades para a supervisão e fiscalização de suas atividades;

XXVII - Devolver à DELEGANTE, ao final do prazo da delegação, todos os bens que lhe forem cedidos em decorrência do presente Convênio.

CLÁUSULA SEXTA

DA IDENTIFICAÇÃO E CESSÃO DOS BENS QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DO PORTO

Os bens que integram o patrimônio do PORTO são aqueles constantes do inventário de que trata esta Cláusula, bem assim os que forem adquiridos na vigência do presente Convênio.

Parágrafo primeiro - A DELEGANTE, o DELEGATÁRIO e a INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO indicarão, cada um, no prazo de quinze dias úteis, contados a partir da data de assinatura deste Instrumento, dois representantes para compor Comissão Especial, a ser instituída e coordenada pela INTERVENIENTE DA DELEGANTE, visando a avaliação, a inventariança, a entrega e o recebimento dos bens a serem cedidos por força deste Convênio.

Parágrafo segundo - Até cento e oitenta dias, contados da data da vigência deste Instrumento, a Comissão a que se refere o parágrafo anterior, concluirá a avaliação e o inventário dos bens que integram o patrimônio do PORTO e que serão cedidos ao DELEGATÁRIO.

Parágrafo terceiro - Concluído o inventário, no prazo de vinte dias, a INTERVENIENTE DA DELEGANTE, neste Instrumento devidamente autorizada pela DELEGANTE, e o DELEGATÁRIO firmarão Termo de Cessão de Uso de Bens, que também será firmado pela INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO, e que conterà disposição expressa sobre sua reversão.

Parágrafo quarto - Os bens adquiridos durante a vigência do Convênio para exploração do PORTO ficarão afetos ao seu patrimônio e reverterão à DELEGANTE, ao término deste Convênio, independentemente de indenização.

Parágrafo quinto - Os bens inservíveis, em poder do DELEGATÁRIO, serão objeto de baixa e alienação, mediante autorização da DELEGANTE, por intermédio de sua INTERVENIENTE, devendo o produto desta alienação ser utilizado na aquisição de novos bens, após o Plano de Aplicação aprovado pela INTERVENIENTE DA DELEGANTE.

CLÁUSULA SÉTIMA DO ARRENDAMENTO DE ÁREAS

Os contratos de arrendamento a serem celebrados pelo DELEGATÁRIO, por intermédio de sua INTERVENIENTE, cujos prazos de vigência excedam o deste Convênio, deverão ter obrigatoriamente a interveniência da DELEGANTE, por intermédio da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ.

CLÁUSULA OITAVA DA SUPERVISÃO E FISCALIZAÇÃO

Incumbe à INTERVENIENTE DA DELEGANTE, dentro de sua competência legal, supervisionar e fiscalizar as atividades desenvolvidas pelo DELEGATÁRIO, bem como pela INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO, acompanhando a execução das obrigações objeto deste Convênio, e impondo, quando for o caso, medidas corretivas

e a cominação de penalidades pelo seu descumprimento, respeitados os termos da Lei no 8.630, de 1993, e da Lei no 10.233, de 2001.

CLÁUSULA NONA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

A INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO fará sua prestação de contas anual diretamente ao Tribunal de Contas do Estado, consoante as normas vigentes, encaminhando cópia da referida prestação de contas à INTERVENIENTE DA DELEGANTE.

Parágrafo único - Após o julgamento das contas, a INTERVENIENTE DO DELEGATÁRIO se obriga a encaminhar à INTERVENIENTE DA DELEGANTE, o respectivo ato editado pelo Tribunal de Contas do Estado.

CLÁUSULA DÉCIMA DA DENÚNCIA

As partes poderão denunciar o presente Convênio, mediante notificação judicial ou extrajudicial com antecedência mínima de noventa dias.

Parágrafo primeiro - Constituem motivos para denúncia deste Convênio a superveniência de ato, fato ou lei que o torne inviável, a conveniência administrativa devidamente justificada, ou o inadimplemento de quaisquer de suas cláusulas e condições, responsabilizando-se pelas respectivas indenizações a parte que der causa a denúncia.

Parágrafo segundo - Operando-se a denúncia, os contratos de arrendamento e os operacionais, consideram-se sub-rogados pela DELEGANTE, bem assim os contratos de obras, serviços e fornecimento julgados conveniente e oportunos administrativamente pela DELEGANTE, no prazo de até trinta dias da data da efetiva denúncia.

Parágrafo terceiro - Considera-se data da efetiva denúncia a data de aposição de contrafé no instrumento extrajudicial e o de devolução dos autos judiciais, no caso de instrumento com trâmite no Judiciário.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA DA EXTINÇÃO

Na hipótese de extinção da delegação, não resultará para o DELEGANTE qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos vencidos ou a vencer, assumidos pelo DELEGATÁRIO, ou por sua INTERVENIENTE, com seus servidores, com terceiros e, inclusive, débitos de natureza fiscal em todos os níveis de governo.

Parágrafo único - Excluem-se desta Cláusula os contratos a serem celebrados pelo DELEGATÁRIO, cujos prazos de vigência excedam o da delegação, desde que o DELEGANTE, neles figure como interveniente.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA DA INTERVENÇÃO

A Intervenção será cabível, sempre em caráter excepcional, com o fim exclusivo de garantir o exercício das atividades objeto da delegação.

Parágrafo primeiro - A intervenção far-se-á por ato administrativo motivado do Secretário Especial de Portos, que conterá a designação do interventor, o prazo de intervenção, o objetivo, o motivo e os limites da medida.

Parágrafo segundo - Declarada a intervenção, o DELEGANTE, por intermédio do INTERVENIENTE, deverá, no prazo de quinze dias, instaurar processo administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurando sempre o direito de ampla defesa, por parte do DELEGATÁRIO e de sua INTERVENIENTE.

Parágrafo terceiro - Se ficar comprovado que o processo de intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares ou os princípios da Administração Pública, deverá ser suspensa a intervenção e, conseqüentemente, retomada a execução do Convênio pelo DELEGATÁRIO.

Parágrafo quarto - O procedimento administrativo a que se refere esta cláusula deverá ser concluído no prazo máximo de noventa dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção, aplicando-se o disposto no parágrafo anterior.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA DA VIGÊNCIA

O presente Convênio entrará em vigor na data de sua celebração, retroagindo seus efeitos, inclusive para efeito de que trata a cláusula terceira, a 1º de junho de 2007 e terá duração de vinte e cinco anos, podendo ser prorrogado, nos termos da Lei no 9.277, de 1996.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA DA PUBLICAÇÃO

As partes farão publicar o extrato do presente Convênio no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado de São Paulo, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 61 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, correndo as despesas à conta do DELEGANTE e do DELEGATÁRIO, respectivamente.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA DO FORO

Os convenientes elegem o foro da Seção Judiciária da Justiça Federal de Brasília-DF, para dirimir quaisquer dúvidas ou litígios decorrentes da execução deste Convênio, com renúncia expressa a qualquer outro.

E por estarem justo e acordados, os convenientes e seus intervenientes assinam o presente Convênio em seis vias, de igual teor e forma na presença de duas testemunhas adiante nomeadas e que também o assinam.